

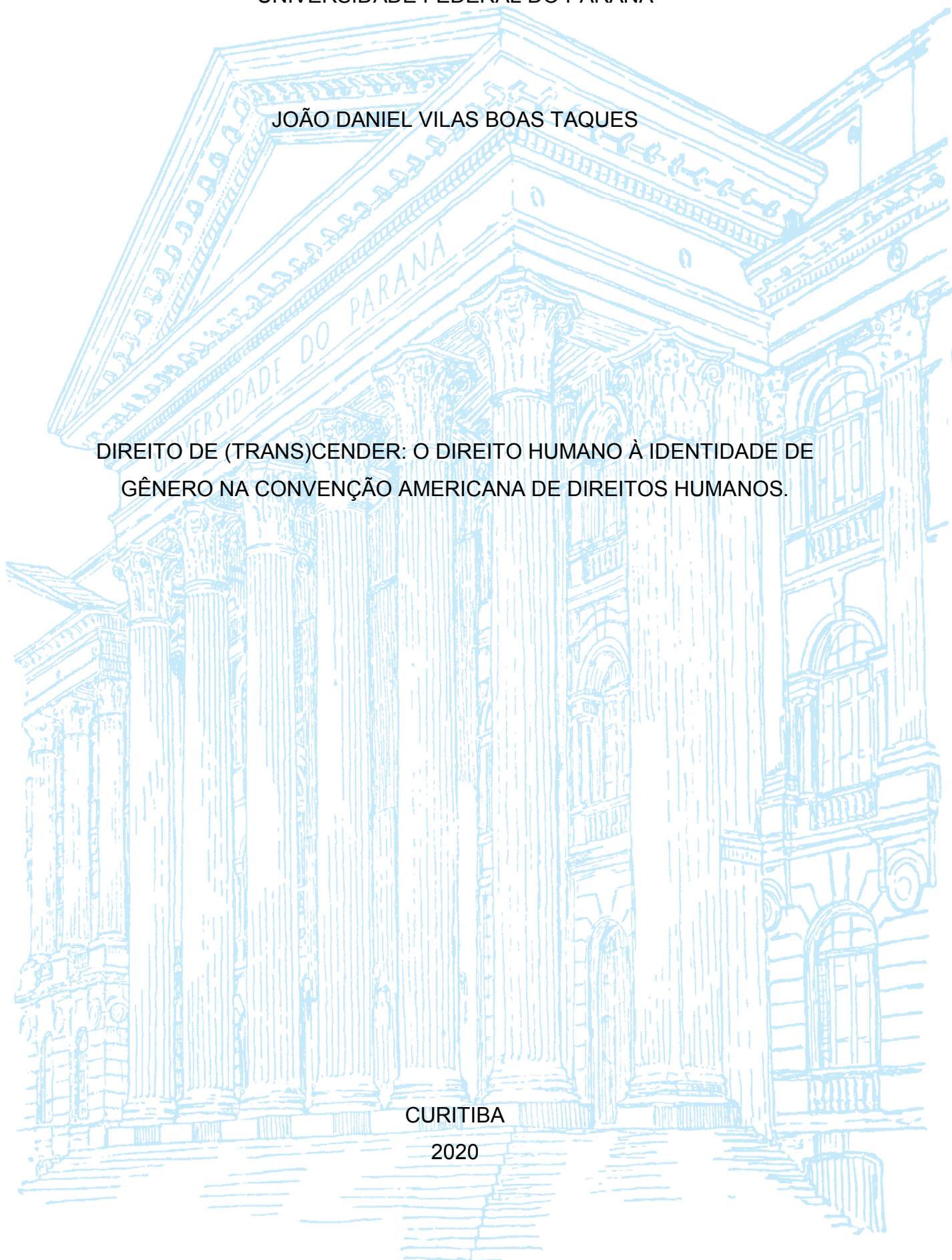
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO DANIEL VILAS BOAS TAQUES

DIREITO DE (TRANS)CENDER: O DIREITO HUMANO À IDENTIDADE DE
GÊNERO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

CURITIBA

2020



JOÃO DANIEL VILAS BOAS TAQUES

DIREITO DE (TRANS)GENDER: O DIREITO HUMANO À IDENTIDADE DE
GÊNERO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Melina Girardi Fachin

CURITIBA

2020

T175d

Taques, João Daniel Vilas Boas

Direito de (trans)cender: o direito humano à identidade de gênero na Convenção Americana de Direitos Humanos [meio eletrônico] / João Daniel Vilas Boas Taques. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientadora: Melina Girardi Fachin.

1. Transgeneridade. 2. Identidade de gênero. 3. Direitos humanos. 4. Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros. 5. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. I. Fachin, Melina Girardi. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 342.7

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **JOÃO DANIEL VILAS BOAS TAQUES** intitulada: **O DIREITO DE (TRANS)CENDER: O DIREITO HUMANO À IDENTIDADE DE GÊNERO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, sob orientação da Profa. Dra. MELINA GIRARDI FACHIN, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 07 de Maio de 2020.

Assinatura Eletrônica

07/05/2020 15:17:45.0

MELINA GIRARDI FACHIN

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

23/06/2020 13:05:43.0

FLAVIA CRISTINA PIOVESAN

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

07/05/2020 16:32:53.0

LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia sete de maio de dois mil e vinte às 15:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **JOÃO DANIEL VILAS BOAS TAQUES**, intitulada: **O DIREITO DE (TRANS)CENDER: O DIREITO HUMANO À IDENTIDADE DE GÊNERO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, sob orientação da Profa. Dra. MELINA GIRARDI FACHIN. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MELINA GIRARDI FACHIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), FLAVIA CRISTINA PIOVESAN (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO), LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MELINA GIRARDI FACHIN, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 07 de Maio de 2020.

Assinatura Eletrônica

07/05/2020 15:17:45.0

MELINA GIRARDI FACHIN

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

23/06/2020 13:05:43.0

FLAVIA CRISTINA PIOVESAN

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

07/05/2020 16:32:53.0

LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Dedico esta dissertação à Dandara Kettlyn de Velasques, mulher trans cruelmente assassinada em fevereiro de 2017. Que não nos esqueçamos jamais da sua força.

Dedico, também, a todas as pessoas trans, que lutam diariamente para terem a sua existência reconhecida.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Juliana. Obrigado por acreditar em mim e nos meus sonhos. Obrigado por me apoiar e por estar ao meu lado em todos os momentos da minha vida. A você, todo o meu amor.

À minha irmã, Sarah, por me mostrar que não existem limites para o amor.

À minha avó, Cleusa. Obrigado por despertar em mim a paixão pelos livros, pelo conhecimento e pela vida. Essa conquista também é sua.

Ao meu pai, Alaor, pelo apoio incondicional nessa longa jornada que é a vida. A você, toda minha gratidão e admiração.

Às fantásticas mulheres da minha família, exemplos vivos de que “força” é, de fato, um substantivo feminino. Fui criado por mulheres fortes e independentes, que fizeram de mim uma pessoa melhor. Por terem confiado em mim e por terem me apoiado, sou-lhes eternamente grato.

Ao meu tio e padrinho, Luiz Edmundo Taques, e toda sua família, pelos momentos sempre fantásticos e por todo o apoio. Devo muito dessa conquista a vocês.

Ao meu padrasto e amigo, Emerson Fontana, por sempre estar ao meu lado e me ajudar nos desafios da vida. Só posso lhe ser grato por tudo que fez e faz por mim.

À Professora Melina Girardi Fachin, minha orientadora, toda minha admiração. Sempre lhe serei grato pela confiança e pelas oportunidades proporcionadas. Obrigado por ser essa inspiração de professora, acadêmica e pessoa. A senhora engrandece a academia, os direitos humanos e o mundo.

Há pessoas cuja simples companhia é capaz de iluminar até o mais escuro dos dias. Às melhores amigas que uma pessoa poderia desejar: Fernanda Piotrowski, Luísa Abreu e Natália Barin. Obrigado por darem um novo e maior sentido à palavra amizade. Não existem palavras nesse mundo que possam quantificar o meu amor por vocês.

Às amigas com quem dividi a faculdade e o caminho em direção ao mundo jurídico: Bruna Bochner, Cindy Nidaira, Débora Damaso, Débora Scherer, Fernanda Branco, Gabriela Paulino, Kássia Klempovus, Natália Barin, Rhani Baluta e Satiko Gomes. A jornada foi árdua, mas a companhia de vocês tornou o caminho infinitamente mais alegre.

Às minhas amigas e companheiras dessa tarefa hercúlea que foi o mestrado, Taís Vella Cruz e Isabella Traubb. Obrigado pelo apoio, pelos conselhos e pelas risadas. Obrigado por terem tornado o mestrado infinitamente mais alegre.

Há também aquelas pessoas que fazem da vida uma jornada mais leve e alegre: Bruna Coe, Camila Alves, Giovana Pereira, Gabriel Zanin, Guilherme Magalhães, Guilherme Martins, Henrique Zanin, Isabelle de Geus, João Ranthum, Larissa Iwanusk, Maidia Martinucci, Mara Rubia Santana, Marcelo Ladeira, Marcos Anderes, Maria Luisa Taques, Marina Jatahy, Tarcisio Dornelles e Tiago Sofiati. Obrigado pela amizade de todos e todas. A vocês, todo o meu infinito e eterno carinho.

Aos meus colegas da Ouvidoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A companhia diária de vocês foi um verdadeiro presente nesses dois anos que se passaram. Obrigado por torcerem por mim e me apoiarem. Levarei cada um de vocês em meu coração.

Por fim, mas nem por isso menos importante, meus mais sinceros votos de gratidão à Universidade Federal do Paraná e tudo que ela representa: a importância do ensino público e gratuito de qualidade, a diversidade do nosso país e, principalmente, o potencial transformador da educação. Que a educação seja a luz que nos guiará para fora das trevas.

*Permita que eu fale, não as minhas cicatrizes
Elas são coadjuvantes, não, melhor, figurantes
Que nem deviam tá aqui
Permita que eu fale, não as minhas cicatrizes
Tanta dor rouba nossa voz, sabe o que resta de nós?
Alvos passeando por aí
Permita que eu fale, não as minhas cicatrizes
Se isso é sobre vivência, me resumir à sobrevivência
É roubar o pouco de bom que vivi
Por fim, permita que eu fale, não as minhas cicatrizes
Achar que essas mazelas me definem é o pior dos crimes
É dar o troféu pro nosso algoz e fazer nós sumir.
(Emicida, Majur e Pablllo Vittar – AmarElo, 2019)*

RESUMO

A dissertação que ora se apresenta tem como principal objetivo analisar a possibilidade de se reconhecer um direito humano à identidade de gênero na Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo a se erigir uma proteção à pessoa trans. Buscou-se demonstrar que as pessoas trans foram construídas como figuras abjetas e desprovidas de reconhecimento enquanto sujeitos, como patologias médicas passíveis de serem tratadas e curadas. Estando expostas às mais diversas formas de violência e abuso, acabam por sobreviver em uma situação de completo abandono, às margens da sociedade e da própria humanidade. Exemplo dessa vida precária são as informações e dados referente às pessoas trans no Brasil, que acabam por demonstrar altos índices de violência e de vulnerabilidade social e econômica. Nesse contexto, faz-se necessária a busca de instrumentos de proteção, os quais podem ser encontrados no direito internacional dos direitos humanos. Por meio de uma interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos direitos lá assegurados, buscou-se construir as bases teóricas para o reconhecimento da identidade de gênero enquanto direito humano, com a consequente proteção da pessoa trans, de modo a promover a cidadania, a inclusão, a igualdade e demais direitos essenciais ao pleno exercício e gozo da dignidade humana inerente a todos e todas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Identidade de gênero; Pessoas Trans. Transgênero; LGBTI;

ABSTRACT

The main objective of this dissertation is to analyze the possibility of recognizing the human right to gender identity in the American Convention on Human Rights, in order to establish a protection for trans people. It was sought to demonstrate that trans people were built as abject figures, without recognition as a person, as mere medical pathologies that could be treated and cured. Being exposed to the most diverse forms of violence and abuse, they end up surviving in a situation of complete abandonment, on the margins of society and humanity itself. An example of this precarious life is the information and data on transgender people in Brazil, which shows up high levels of violence and socio-economic vulnerability. In this context, it is necessary to search for instruments that can be used as a protection tool, which can be found in the International Human Rights Law. Through an evolutionary interpretation of the American Convention on Human Rights and the rights guaranteed there, we sought to build the theoretical bases for the recognition of gender identity as a human right, with the consequent protection of the trans person, in order to promote citizenship, inclusion, equality and other rights that are essential to the full exercise and enjoyment of the human dignity inherent to all.

Key-words: Human Rights; American Convention on Human Rights; Inter-American Human Rights System; Gender identity; Trans people; Transgender; LGBTI+.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 (TRANS)GREDINDO O (CIS)TEMA.	18
2.1 ENTRE REGRAS E EXCEÇÕES.	18
2.1.1 Criando a exceção: aportes teóricos da identidade de gênero trans.....	18
2.1.2 As exceções: sobre as pessoas trans.	48
2.2 OS CORPOS DA IDEOLOGIA DE GÊNERO: A PRECARIEDADE DAS VIDAS DAS PESSOAS TRANS E A HETERONORMATIVIDADE DO ESTADO.....	54
2.2.1 A precariedade e a abjeção.....	54
2.2.2 A heteronormatividade do Estado.	82
3 EM (TRANS)FORMAÇÃO: A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.....	103
3.1 DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA CONTEMPORÂNEA: UMA BREVE INTRODUÇÃO SOBRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.	103
3.2 O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E SUA APLICABILIDADE NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.	121
3.3 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI+ NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	145
3.3.1 A diversidade sexual e de gênero no âmbito da Organização dos Estados Americanos.	149
3.3.2 A diversidade sexual e de gênero na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	152
3.3.3 A diversidade sexual e de gênero e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	157
4 DIREITO DE (TRANS)CENDER: O direito humano à identidade de gênero na Convenção Americana de Direitos Humanos	166
4.1 ARTIGO 1.1: O DIREITO À IGUALDADE.....	178

4.2 ARTIGO 3º: DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.	189
4.3 ARTIGOS 7º: O DIREITO À LIBERDADE.....	199
4.4 ARTIGO 11.2: DIREITO À INTIMIDADE.....	205
4.5 ARTIGO 18: DIREITO AO NOME.....	214
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	224
6 REFERÊNCIAS	229

1 INTRODUÇÃO

*“But my day-to-day struggles are not so much between me and my body. I am not trapped in the wrong body; I am trapped in a world that makes very little space for bodies like mine. I live in a world where public washrooms are a battle ground, where politicians can stand up and be applauded for putting forth an amendment barring me from choosing which gendered bathroom I belong in. I live in a world where my trans sisters are routinely murdered without consequence or justice. I live in a world where trans youth get kicked out onto the street by their parents who think their God is standing behind them as they close their front doors on their own children. Going to the beach is an act of bravery for me. None of this is a battle between me and my own flesh. For me to be free, it is the world that has to change, not trans people.” – Ivan E. Coyote.*¹

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a expectativa de vida dos brasileiros cresceu três meses e quatro dias em 2018, alcançando a marca de 76,3 anos. A expectativa de vida no estado de Santa Catarina aproxima-se dos 80 anos, com a média em 79,7 anos.²

Contudo, esse crescimento não se reflete nas pessoas trans que também habitam esse país, que têm sua expectativa de vida estimada nos 35 anos de idade. Outros dados também ilustram a situação temerosa em que essas pessoas (sobre)vivem: estima-se que 13 anos é a idade média em que pessoas trans são expulsas de casa; estima-se, também, que apenas 0,02% estão na universidade e que 72% sequer concluíram o Ensino Médio. Ainda 90% das pessoas trans femininas se utilizem da prostituição como meio de subsistência.³

Essa realidade desumana precisa ser alterada. Para tanto, faz-se necessária a busca de ferramentas e instrumentos que permitam a luta e a resistência por parte das pessoas trans frente ao estado de total precariedade que

¹ COYOTE, Ivan E. **Tomboy Survival Guide**. Vancouver: Arsenal Pulp Press, 2016. p. 221-22

² GARCIA, Diego; MAIA, Dhiego. Expectativa de vida do brasileiro atinge 76,3 anos, aponta IBGE. **Folha de S. Paulo**. Publicado em 28 de novembro de 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/11/expectativa-de-vida-do-brasileiro-atinge-763-anos-aponta-ibge.shtml>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2020.

³ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (org.; BENEVIDES, Bruna G. (org). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. São Paulo: Expressão Popular, 2020. p. 31-32.

se apresenta perante elas. Faz-se necessário o reconhecimento da identidade de gênero enquanto direito essencial à dignidade humana.

As sociedades estão em constante transformação, assim como as várias formas de vivências humanas. Aí se incluem os padrões relacionados a gênero e sexualidade, com novas identidades e possibilidades sendo construídas e com antigos padrões normativos sendo desconstruídos. As combinações entre biologia, identidade e sexualidade vêm adotando novas e variadas formas, formas estas que por vezes não encontram um apoio adequado na sociedade e seus instrumentos, dentre eles o direito.

Aí se destaca a identidade de gênero trans, que pode ser entendida como a identificação do indivíduo com um gênero diverso daquele que lhe foi assinalado ao nascer com base no sexo morfológico apresentado à época. A pessoa trans pode se identificar com o gênero oposto, com mais de um gênero ou até mesmo com nenhum dos gêneros.

De maneira simplificada, poder-se-ia dizer que a identidade diz respeito a como o indivíduo se vê, é reconhecido e se reconhece na sociedade, enquanto que o gênero é a norma social que prevê como corpos ditos masculinos e corpos ditos femininos devem existir. Contudo, o real significado da identidade de gênero trans é bem mais complexo do que isso.

Tendo como referencial teórico os escritos de Michel Foucault e Judith Butler, os estudos a serem apresentados no primeiro capítulo do presente trabalho buscam trazer uma maior compreensão sobre a real dimensão da identidade de gênero trans: da sua origem como patologia e perversão aos olhos de von Krafft-Ebing, ainda no século XIX, aos desenvolvimentos atuais nas ciências biológicas e sociais.

Essa construção como patologia e perversão leva, inexoravelmente, à abjeção das pessoas trans, onde o “abjeto” designa aqueles indivíduos que vivem em zonas inabitáveis, vivem onde é impossível se viver. Não são sujeitos, não

pertencem ao que é inteligível para a sociedade. Não são destinatários de direitos e de reconhecimento.⁴

Essa abjeção das pessoas trans é, pois, essencial para delimitar a *heteronormatividade*, a zona daqueles que são considerados sujeitos e que somente podem existir como norma enquanto houver aqueles que fogem à norma. Assim, a heteronormatividade mantém aqueles que fogem à norma imposta às margens do que é inteligível enquanto sujeito, com o único intuito de, ironicamente, manter essa heteronormatividade enquanto norma.⁵

De modo a tornar clara essa abjeção imposta pela heteronormatividade, nos utilizaremos, então, do Brasil para ilustrar a precariedade da vida das pessoas trans. Para tanto, serão trazidos dados sobre violência, educação e saúde coletados por organizações da sociedade civil e por órgãos oficiais, bem como dados que demonstrem a (falta de) atuação do Estado brasileiro frente aos desafios enfrentados pelas pessoas trans.

Porém, nem só os padrões relacionados a gênero, identidade e sexualidade estão em transformação. Também os direitos humanos, enquanto conquista histórica,⁶ estão em constante transformação, alterando-se de acordo com as mudanças na sociedade para que possam continuar sendo utilizados enquanto ferramenta de promoção e proteção de direitos. Uma das formas em que isso ocorre é por meio da *interpretação evolutiva* dos tratados de direitos humanos.

Assim, o segundo capítulo objetiva demonstrar uma análise sobre a ideia de que os instrumentos de direitos humanos são, em verdade, instrumentos vivos (*living instrument*), em uma constante atualização, de modo a permitir que estes direitos continuem a atingir um resultado efetivo em relação à proteção da pessoa humana, fim último dos direitos humanos.

⁴ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

⁵ BUTLER, Judith. **Bodies that matter**: on the discursive limits of 'sex' New York: Routledge, 2011, p. 13.

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.. Não paginado.

De modo a permitir uma maior profundidade na pesquisa, bem como uma maior objetividade, tal análise irá se limitar ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), do qual o Brasil faz parte, e, ainda mais especificamente, ao seu instrumento maior: a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Atentando-se à ideia de que os instrumentos de direitos humanos são capazes de se transformar e acompanhar as mudanças, o segundo capítulo também buscará demonstrar como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e seus órgãos evoluíram para proteger os direitos das pessoas LGBTI+⁷, ainda que tal proteção não conste expressamente dos seus documentos constituintes.

Por fim, o terceiro capítulo da dissertação que ora se apresenta objetivará demonstrar como a Convenção Americana de Direitos Humanos pode ser utilizada como instrumento para o reconhecimento dos direitos humanos das pessoas trans, através do direito humano à identidade de gênero e, assim, trazer uma efetiva proteção à estas pessoas que são marginais à concepção de sujeito.

É fato que o referido instrumento não possui qualquer menção expressa à proteção das pessoas trans, nem à diversidade de identidade de gênero ou sexual. Redigida em 1969, as questões envolvendo sexualidades e identidades de gênero ainda não eram vistos como assuntos merecedores de normas especiais de proteção.

Contudo, a falta de proteção expressa não é justificativa para a omissão deste organismo de tutela dos direitos humanos. Por meio dos valores que lhe são inerentes, faz-se necessária a efetivação da Convenção Americana de Direitos Humanos frente aos novos desafios, o que pode ser por meio de uma interpretação evolutiva dos dispositivos lá encontrados.

Assim, buscar-se-á demonstrar que os direitos humanos presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os referenciais jurisprudenciais e consultivos dos seus órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos humanos, são capazes de oferecer, por meio de uma

⁷ LGBTI+ é o termo utilizado para se referir às lésbicas, gays, bissexuais, às pessoas trans, intersexuais e demais identidades, expressões e vivências que fujam ao imperativo heteronormatividade.

interpretação evolutiva da Convenção, os meios necessários para a proteção da identidade de gênero enquanto direito humano.

Assim, a reflexão que ora se apresenta orientou-se pela crença de que o direito, especialmente o direito internacional dos direitos humanos, é um instrumento hábil a auxiliar no combate à violência, discriminação e desumanização das pessoas trans.

A temática escolhida se justifica, primeiramente, pela falta de estudos aprofundados que versem especificamente sobre a proteção das pessoas trans pelos órgãos e instrumentos de direitos humanos, ainda mais da ideia da identidade de gênero enquanto direito humano tutelado pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

A importância desta investigação também reside no possível impacto positivo que poderia ser alcançado em escala regional com o avanço do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção das pessoas trans, que por serem abjetas são ostracionadas da sociedade. Assim, faz-se necessária a atuação dos órgãos de direitos humanos, de modo a promover a cidadania, a inclusão, a igualdade e demais direitos essenciais ao pleno exercício e gozo da dignidade humana.

Almeja-se aqui, portanto, fornecer instrumentos para o reconhecimento da identidade de gênero enquanto direito humano essencial à dignidade da pessoa humana, de modo a tornar a pessoa trans um membro efetivo da sociedade.

2 (TRANS)GREDINDO O (CIS)TEMA.

2.1 ENTRE REGRAS E EXCEÇÕES.

2.1.1 Criando a exceção: aportes teóricos da identidade de gênero trans.

Homem. Mulher. Ser homem, ser mulher. Azul, rosa. Gênero, identidade, identidade de gênero. Transexual, transgênero, cisgênero, *genderfluid*, não-binário, travesti, pessoas trans, *queer*. Em se tratando de identidades de gênero, a terminologia, tal como a própria pessoa humana e a sociedade, se torna fluída, variando e apresentando diversos significados, transformando-se no espaço e no tempo. Por esta razão, seria inconsequente não delimitarmos (ou, ao menos, tentar delimitar) o objeto e seus variados significados.

Em *A História da Sexualidade 1*, Michel Foucault sustenta que o sexo, ao contrário do que se pensa, não foi completamente abolido da sociedade, mas, pelo contrário, tornou-se amplamente discutido, estudado e, conseqüentemente, controlado.⁸ Inicialmente com um viés religioso, o sexo, os desejos, os prazeres da carne eram de competência da Igreja, devendo todo bom cristão confessar tudo o que envolvia o sexo. Aliás, como sustenta Foucault, “não somente confessar os atos contrários à lei, mas procurar fazer de seu desejo, de todo o seu desejo, um discurso”.⁹

⁸ Sobre o sexo e seus discursos, leciona Foucault: “Em compensação, no nível dos discursos e de seus domínios, o fenômeno é quase inverso. Sobre o sexo, os discursos — discursos específicos, diferentes tanto pela forma como pelo objeto — não cessaram de proliferar: uma fermentação discursiva que se acelerou a partir do século XVIII. Não penso tanto, aqui, na multiplicação provável dos discursos “ilícitos”, discursos de infração que denominam o sexo cruamente por insulto ou zombaria aos novos pudores; o cerceamento das regras de decência provocou, provavelmente, como contra-efeito, uma valorização e uma intensificação do discurso indecente. Mas o essencial é a multiplicação dos discursos sobre o sexo no próprio campo do exercício do poder: incitação institucional a falar do sexo e a falar dele cada vez mais; obstinação das instâncias do poder a ouvir falar e a fazê-lo falar ele próprio sob a forma da articulação explícita e do detalhe infinitamente acumulado”. FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*. p. 22

⁹ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*. p. 24.

A sociedade começa, então, a se desvincular, ainda que pouco, da Igreja e o discurso sobre o sexo, antes confessional, passa a ser dominado pelas ciências da saúde, em especial pela medicina. Sobre a medicina como produtora da verdade, leciona o filósofo francês que:

Ora, esta exaltação se produz numa época em que o poder médico encontra suas garantias e justificações nos privilégios do conhecimento. O médico é competente, o médico conhece as doenças e os doentes, detém um saber científico que é do mesmo tipo que o do químico ou do biólogo; eis o que permite a sua intervenção e a sua decisão. O poder que o asilo dá ao psiquiatra deverá então se justificar e ao mesmo tempo se mascarar como sobre-poder primordial produzindo fenômenos integráveis à ciência médica.¹⁰

Mas a quem interessaria controlar os debates sobre o sexo? Foucault estabelece que mais do que apenas falar e estudar sobre o sexo, o objetivo era, em verdade, dominar os discursos sobre o sexo e suas categorias. Os estudos sobre o sexo não eram um movimento contrário ao poder, que teoricamente proibia o discurso, mas exercido pelo e para o poder. O sexo se torna uma questão de interesse do Estado, sendo regulado por este através dos discursos.¹¹

O sexo tornou-se, então, mais do que os prazeres da carne, um instrumento do poder e para o poder. Foucault rejeita a ideia amplamente aceita e difundida de um poder meramente repressivo, que a tudo proíbe o tempo todo.¹² De uma maneira

¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: *Une microphysique du pouvoir*. P. 204.

¹¹ Segundo Foucault: “O sexo não se julga apenas, administra-se. Sobreleva-se ao poder público; exige procedimentos de gestão; deve ser assumido por discursos analíticos. No século XVIII o sexo se torna questão de ‘polícia’. Mas no sentido pleno e forte que se atribuía então a essa palavra — não como repressão da desordem e sim como majoração ordenada das forças coletivas e individuais: ‘Fortalecer e aumentar, pela sabedoria dos seus regulamentos, a potência interior do Estado e, como essa potência consiste não somente na República em geral, e em cada um dos membros que a compõem, mas ainda nas faculdades e talentos de todos aqueles que lhe pertencem, segue-se que a polícia deve ocupar-se inteiramente desses meios e fazê-los servir à felicidade pública. Ora, ela só pode atingir esse objetivo através do conhecimento que possui dessas diferentes vantagens’. Polícia do sexo: isto é, necessidade de regular o sexo por meio de discursos úteis e públicos e não pelo rigor de uma proibição”. Em: FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*. p. 27-28.

¹² FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: *Une microphysique du pouvoir*. p. 44-45.

mais discreta e infinitamente mais efetiva, o poder se imiscui na sociedade e produz discursos, coisas e, acima de tudo, verdades. Verdades estas que podem ser definidas como procedimentos regulados para o controle de determinados enunciados.¹³ Prossegue o autor:

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.¹⁴

Foucault não buscava a genealogia do sexo ou da sexualidade, mas sim utilizar as categorias relacionadas ao sexo e sexualidade para demonstrar como o poder, este indeterminado, constrói discursos e elege esses discursos como verdades. Demonstrar como o poder conseguiu, historicamente, construir o chamado “sexo rei” e o colocou como verdade.

Com inspirações diretas da análise de poder e a construção da verdade do sexo do filósofo francês, a filósofa Judith Butler questiona se os fatos naturais do sexo não estariam, em verdade, sendo produzidos por discursos a serviço de outros interesses, a serviço do “poder”, este também indefinido.¹⁵ Sustenta a autora que o próprio “sujeito”, esta uma categoria, é construído por aqueles que estão no poder. Aduz a filósofa da teoria queer que:

As noções jurídicas de poder parecem regular a vida política em termos puramente negativos — isto é, por meio da limitação, proibição, regulamentação, controle e mesmo ‘proteção’ dos indivíduos relacionados àquela estrutura política, mediante uma ação contingente e retratável de escolha. Porém, em virtude de a elas estarem condicionados, os sujeitos

¹³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: *Une microphysique du pouvoir*. p. 54.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: *Une microphysique du pouvoir*. p. 55.

¹⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: *Gender Trouble*. Não paginado.

regulados por tais estruturas são formados, definidos e reproduzidos de acordo com as exigências delas.¹⁶

Uma breve genealogia do sexo demonstra que com o advento e estabilização do capitalismo, no fim do século XVIII e começo do século XIX, com sua revolução cultural, social e econômica, ocorreu o que Foucault chama de “socialização do corpo enquanto força de trabalho”.¹⁷ O corpo, este a personificação da pessoa humana, era essencial ao capitalismo. Os corpos eram responsáveis pela produção e responsáveis pelo consumo. À época, sustenta Foucault, tinha-se a ideia de quanto mais pessoas, mais povoado, mais rico era o País, porque teria tanto a força de trabalho quanto o mercado para consumo. Para o autor, o sexo é inserido na sociedade, inserção esta que se orienta conforme os ditames do Estado.¹⁸

Ora, sendo os humanos seres sexuais, isto é, que se reproduzem ao combinarem material genético com outro da sua espécie de diferente sexo, a verdade sobre o sexo que se impôs era a heterossexualidade. Indo além, não só a heterossexualidade, mas o comportamento heterossexual destinado exclusivamente à reprodução e monogâmico tornou-se a norma.¹⁹ Sendo esta *norma*, portanto, uma

¹⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

¹⁷ Aduz o autor que: “Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica”. *Em*: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: Une microphysique du pouvoir. p. 44.

¹⁸ “Muito mais do que um mecanismo negativo de exclusão ou de rejeição, trata-se da colocação em funcionamento de uma rede sutil de discursos, saberes, prazeres e poderes; não se trata de um movimento obstinado em afastar o sexo selvagem para alguma região obscura e inacessível mas, pelo contrário, de processos que o disseminam na superfície das coisas e dos corpos, que o excitam, manifestam-no, fazem-no falar, implantam-no no real e lhe ordenam dizer a verdade: todo um cintilar visível do sexual refletido na multiplicidade dos discursos, na obstinação dos poderes e na conjugação do saber com o prazer”. *Em*: FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir. p. 70-71.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir. p. 39.

construção social que visava a reprodução, evidentemente que surgiram corpos que não se encaixavam nas regras criadas.²⁰

Partindo desta ideia foucaultiana, Butler sustentou que o conglomerado médico da Europa criou, afinal, “ficções categóricas” sobre o sexo, a sexualidade e o gênero e que tais ficções, por serem elas mesmas um discurso contestado, permitiam a proliferação e desenvolvimento de categorias que fugiam às normas estabelecidas.²¹

Tudo que envolvesse os corpos e a reprodução estariam, portanto, interligados. Interligados para facilitar, viabilizar e normalizar os corpos como seres que se reproduzem e se reproduzem e se reproduzem *ad inifnitum*. Seres desviantes não são inteligíveis, não são pessoas. Sobre o tema, disserta Butler que:

Em outras palavras, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente constituído e a “expressão” ou “efeito” de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual.²²

Mas como normalizar a heterossexualidade monogâmica e reprodutiva? Aliás, como *naturalizar* esse comportamento? Como visto, o poder, segundo Foucault, ao invés de utilizar um discurso proibitivo, permitiu e monopolizou os discursos sobre o

²⁰ Disserta Foucault que: “Através de tais discursos multiplicaram-se as condenações judiciais das perversões menores, anexou-se a irregularidade sexual à doença mental; da infância à velhice foi definida uma norma do desenvolvimento sexual e cuidadosamente caracterizados todos os desvios possíveis; organizaram-se controles pedagógicos e tratamentos médicos; em torno das mínimas fantasias, os moralistas e, também e sobretudo, os médicos, trouxeram à baila todo o vocabulário enfático da abominação”. Em: FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*. p. 37-38.

²¹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: *Gender Trouble*. Não paginado.

²² BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: *Gender Trouble*. Não paginado.

sexo, criando uma ideia de verdade, que não é, de maneira alguma, uma verdade absoluta.²³

Em se tratando do sexo e suas vertentes (aí incluídos o gênero e a identidade de gênero), o discurso científico utilizado para naturalizar a verdade do sexo heterossexual, monogâmico e reprodutivo foi o discurso científico das áreas da saúde, primeiramente e especialmente da medicina. Neste sentido, leciona Stryker que:

O vasto projeto de pesquisa histórico-filosófica de Foucault ajuda a sustentar a alegação do que hoje chamariamos de fenômenos transgêneros têm sido uma preocupação da cultura ocidental desde a antiguidade grega e romana. *A regulação da homossexualidade, hermafroditismo, inversão de gênero e outras formas de “monstruosidade social” figuraram proeminentemente no desenvolvimento de “regimes de normalização”, cujos descendentes dos últimos dias no período moderno permanecem decididamente ativos e robustos* (grifo nosso) (tradução nossa).²⁴

Pelos motivos expostos anteriormente, criou-se a verdade do sexo heterossexual, monogâmico, binário e cisgênero, em que todos aqueles que fugiam a esta ideia eram considerados estranhos, criminosos, pervertidos, doenças. Esta ideia, contudo, nem sempre foi a verdade única e incontestável. Berenice Bento aponta que até o século XVII os anatomistas acreditavam que se tratava de um único corpo, mas de dois gêneros distintos.²⁵

²³ Segundo o filósofo francês, existem cinco características historicamente importantes para a constituição, manutenção e, principalmente, naturalização da verdade: “a ‘verdade’ é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política; é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo; é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos; enfim, é objeto de debate político e confronto social”. Em: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: *Une microphysique du pouvoir*. p. 52.

²⁴ “Foucault’s vast philosophical-historical research project helps support the claim that attending to what we would now call transgender phenomena has been a preoccupation of Western culture since Greek and Roman antiquity. The regulation of homosexuality, hermaphroditism, gender inversion, and other forms of ‘social monstrosity’ have figured prominently in the development of ‘regimes of normalization’ whose latter-day descendents in the modern period remain decidedly active and robust”. STRYKER, Susan. (De)Subjugated knowledges: an introduction to transgender studies, p. 1-17. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 13.

²⁵ “A interpretação de que existem dois corpos diferentes, radicalmente opostos e que as explicações para os comportamentos dos gêneros estão nesses corpos, foi uma verdade que para se estabelecer e se tornar hegemônica, empreendeu uma luta contra outra interpretação sobre os

A tal concepção dava-se o nome de “isomorfismo”, em que “o útero era o escroto feminino; os ovários, os testículos; a vulva, um prepúcio e a vagina, um pênis invertido. A mulher era fisiologicamente um homem invertido que carregava dentro de si tudo que o homem trazia exposto”.²⁶

Com a queda da fé cega no divino e o apogeu das ciências, o médico é o que mais se destaca. O médico, cuja autoridade penetra em todas as instâncias das sociedades, do mais rico ao mais pobre, se torna muito mais do que um técnico em doenças, curando os enfermos, mas uma autoridade nas questões mais básicas da existência, definindo o que é enfermo e o que é saudável, o que é natural e o que é uma perversão da natureza.²⁷ Para Foucault, o médico se aproxima de um higienista, se tornando “o grande conselheiro e o grande perito, se não na arte de governar, pelo menos na de observar, corrigir, melhorar o ‘corpo’ social e mantê-lo em um permanente estado de saúde”.²⁸

Sendo o sexo heterossexual, monogâmico, binário e cisgênero a verdade única e incontestável, qualquer indivíduo que fuja a estes moldes se torna, se utilizando das ideias de Butler, “abjeto”. Para a filósofa, abjeto seria “aquilo que foi expelido do corpo, descartado como excremento, tornado literalmente ‘outro’”.²⁹ Assim, a identidade de gênero trans, as próprias pessoas trans, já nascem como abjetas no discurso produzido da verdade pela medicina. Neste sentido, sustenta Bento que:

A eficácia desse discurso está em produzir nos sujeitos a incômoda e terrível certeza de se não é normal, que esse está fora do lugar, porque não

corpos: o isomorfismo. Até meados do século XVII, os anatomistas trabalhavam com a convenção de que existia apenas um corpo e pelo menos dois gêneros, daí parecer um equívoco pensar a transexualidade com um alcance histórico para além do período onde as identidades passam a ser prisioneiras dos corpos e que se desdobra na medicalização das condutas”. BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 24.

²⁶ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 26-27.

²⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: *Une microphysique du pouvoir*. p. 309-310.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: *Une microphysique du pouvoir*. p. 309-310.

²⁹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: *Gender Trouble*. Não paginado.

existe lugar para ele. Há um processo incessante de produção de anormalidade. Ao problematizar a visão patologizante das identidades terminamos por encontrar as normas de gênero. As reivindicações de identidades que exigem direitos é o desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece que a inteligibilidade dos gêneros está no corpo. Dois corpos, dois gêneros, uma sexualidade. Nessa perspectiva binária, o masculino e o feminino seriam a expressão ou formulação cultural da diferença natural dos sexos. Ao localizar nas instituições a explicação para a gênese das experiências identitárias, inverte a lógica: são as normas de gênero que possibilitam a emergência de conflitos identitários com essas mesmas normas.³⁰

Richard Von Krafft-Ebbing é o pioneiro na abordagem de um discurso médico-patologizante da identidade de gênero trans. Aliás, não só da identidade de gênero trans, mas de todo e qualquer comportamento que se afastasse ou contrariasse o discurso heteronormativo colocado como verdade, até mesmo porque as linhas que delimitavam tais conceitos não eram tão demarcadas como hoje. Na visão de Krafft-Ebbing, a homossexualidade como conhecemos hoje era uma forma de variação de gênero, em que o homem homossexual se aproximava mais do feminino e, no outro sentido, a mulher homossexual se aproximava mais do masculino.^{31, 32}

Seu manual médico sobre o sexo e suas variações, o *Psychopathia Sexualis*, foi publicado originalmente em 1886, reeditado e relançado por vários anos, trazia a abordagem de variados casos reais que ilustravam as psicopatias sexuais descritas por Krafft-Ebbing. Apesar de ainda não fazer qualquer referência a expressões como “transexualidade” ou “transgeneridade”, alguns casos que hoje seriam vistos como pessoas trans são facilmente perceptíveis na sua obra.

³⁰ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 180.

³¹ STRYKER, Susan. Selections from “Psychopathia Sexualis with Special Reference to Contrary Sexual Instinct: A Medico-Legal Study, by Richard Von Krafft-Ebbing, p. 21-27. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**, p. 21.

³² Neste mesmo sentido, assinala Barbosa: “Para Krafft-Ebing toda relação sexual fora do relacionamento sexual heterossexual procriativo representava uma forma de doença emocional e física. O ‘homossexualismo’ seria um sintoma de uma estrutura psicopatológica, que teria como base ‘sentimentos contrários’, isto é, do outro sexo. O ‘homossexualismo’ seria, portanto, uma variante de gênero. Esta é uma das questões centrais do pensamento não somente de Krafft-Ebing, mas de diversos sexólogos do século XIX e começo do século XX: sexo é uma categoria que agrupa uma quantidade enorme de fenômenos, desde os papéis sexuais femininos e masculinos, diferenças anatômicas dos genitais (dimorfismo sexual), até práticas sexuais”. Em: BARBOSA, Bruno Cesar. **Imaginando trans: saberes e ativismos em torno das regulações das transformações corporais do sexo**. 2015. 187 páginas. Tese de Doutorado em Antropologia Social – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 33.

Um exemplo é o caso 166, o qual Krafft-Ebbing chama de “ginandria”, em que relata a história do Conde Sandor, nobre húngaro assinalado como mulher ao nascer (então chamado de Sarolta) e que se identificava com o gênero masculino.³³ Sempre se referindo a Sandor com pronomes femininos, Krafft-Ebbing descreve como Sandor se comportava de maneira masculina, se apresentava como homem e desejava sexualmente as mulheres. Ao assinar documentos, denominava-se como Sandor. O clínico também apresenta uma exaustiva análise das características físicas de Sandor, demorando-se até mesmo na denteição do mesmo. Ao terminar sua análise clínica, Krafft-Ebbing aponta uma “anormal inversão do instinto sexual”, com efeitos até mesmo nas características físicas de Sandor.

Mais à frente, em “complicações do instinto sexual antipático”, Krafft-Ebbing descreve tais indivíduos como perversos e cruéis, sempre se utilizando de casos práticos para sustentar os seus pontos.³⁴ É perceptível, inclusive, que na maioria dos “portadores” de “instinto sexual antipático” o autor se demora no histórico familiar, destacando com veemência neuroses e psicoses de ascendentes e demais familiares.

Uma certa simpatia aos “desviantes” de Krafft-Ebbing surgiu em estudos posteriores, encabeçado principalmente pelo sexólogo Magnus Hirschfeld. Hirschfeld, ele mesmo homossexual, é responsável pela criação da primeira organização de direitos gays e também pela criação do primeiro instituto de sexologia, em Berlim, o qual foi posteriormente destruído por Adolf Hitler. Inclusive, segundo Stryker, Hitler em pessoa considerava Hirschfeld, gay e socialista, o judeu mais perigoso da Alemanha.³⁵ O sexólogo alemão seguia uma corrente mais humanista, adotando um posicionamento de aceitação dos que fugiam à heteronormatividade. Barbosa aduz que:

No entanto, diferentemente de outros sexólogos, ele era herdeiro de uma linha progressista da sexologia alemã que via a ciência como um importante instrumento no combate dos preconceitos. [...] Para o autor, é a sociedade

³³ KRAFFT-EBBING, Richard Von. **Psychopathia sexualis**: a medico-forensic study. London: William Heineman (Medical Books) LTD., 1939. p. 428-439

³⁴ KRAFFT-EBBING, Richard Von. **Psychopathia sexualis**, p. 439.

³⁵ STRYKER, Susan. Selections from “The Transvestites: The Erotic Drive to Cross-Dress”, by Magnus Hirschfeld, p. 28-39. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 28.

que necessitaria mudar para aceitar todas as possibilidades do ser humano, pois sendo a natureza um *continuum* as leis deveriam espelhá-la e considerar que todas as suas variações seriam “condições de existência naturais” e não doenças ou crimes.³⁶

Em *The Transvestite*, livro publicado em 1910, Hirschfeld faz uma defesa contundente da diferença entre homossexuais, que sentiam atração sexual e afetiva em direção àqueles do mesmo sexo, e aqueles que “praticavam o travestismo”, sustentando que nem todo homossexual apresentava feminilidade, e nem todos que demonstravam feminilidade eram homossexuais, indo de encontro com o que era sustentado por Krafft-Ebbing até então.³⁷

Em se tratando da identidade de gênero trans, outra contribuição de extrema importância por parte de Hirschfeld foi a dissociação dos “travestis” do fetichismo e masoquismo. O fetichismo seria em sentir prazer erótico ao utilizar roupas do gênero assinalado ao sexo oposto, enquanto que o masoquismo se daria diante da humilhação da pessoa em vestir roupas do gênero assinalado ao sexo oposto.³⁸

Nota-se, aqui, uma tentativa de diferenciação entre práticas sexuais e algo que ia além do mero desejo sexual, mas que buscava, tal como assinalado, alcançar um “desejo de feminilização”, uma conformação do corpo com o gênero e com a identidade.

Ainda que permanecesse atrelado à ideia de patologização, Hirschfeld já apontava na direção de que a identidade de gênero trans, o identificar-se com o gênero atribuído ao sexo oposto, era algo independente de sexualidade e suas variantes.

Indo além, Hirschfeld já sinalizava as diferenças dentro da própria identidade de gênero trans, apontando que aquele que se identificava e vivia como mulher, mas sabia que seu corpo era geneticamente masculino, era diferente do que acreditava que tal como a sua identidade, o seu próprio corpo, sua genética, seus órgãos e textura da pele havia se transformado no do sexo feminino, ainda que sem

³⁶ BARBOSA, Bruno Cesar. *Imaginando trans*, p. 35.

³⁷ STRYKER, Susan. Selections from “The Transvestites: The Erotic Drive to Cross-Dress”, by Magnus Hirschfeld. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**, p. 28-39, p. 29.

³⁸ STRYKER, Susan. Selections from “The Transvestites: The Erotic Drive to Cross-Dress”, by Magnus Hirschfeld, p. 28-39. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 30, 32.

tratamentos ou cirurgias para tanto.³⁹ A este último Hirschfeld atribuiu a classificação de *metamorphosis sexualis paranoica*.

Outro nome de destaque na história médica da identidade de gênero trans é o do endocrinologista estadunidense Harry Benjamin, responsável por popularizar o termo “transexual” e também o elo de ligação entre a medicina nos Estados Unidos da América, que ainda criminalizava os procedimentos cirúrgicos de redesignação sexual, e as teorias progressistas de Hirschfeld.⁴⁰ Benjamin, nascido em Berlim em 1912, havia acompanhado Hirschfeld em suas visitas aos clubes noturnos alemães onde conheceu várias pessoas trans e, de volta aos Estados Unidos da América, fez amizade com Louise Lawrence, uma das primeiras ativistas trans do país, que havia construído uma ampla rede de correspondência com pessoas, fazendo com o que o médico desenvolvesse uma simpatia inédita às pessoas trans e sua causa, sendo tal visão de vital importância na sua abordagem despatologizante.⁴¹

Seu livro *O Fenômeno Transexual* foi de extrema importância na popularização das discussões sobre identidade de gênero, defendendo, inclusive, que a única alternativa para o que ele considerava um *verdadeiro transexual* era a cirurgia de redesignação sexual, já que o corpo em desconformidade com a identidade causava sofrimento às pessoas trans.⁴²

Nota-se, aqui, que o tratamento não buscava erradicar a identidade de gênero trans, tratando esta como a doença, a patologia, mas sim harmonizar o corpo do indivíduo com o gênero com o qual este se identificava, entendendo que tal incongruência era o causador de sofrimentos e males diversos.

Contemporânea à Harry Benjamin, merece destaque a história de Christine Jorgensen, a primeira mulher trans com redesignação sexual a receber uma ampla cobertura da mídia mundial. Jorgensen serviu nas Forças Armadas dos Estados Unidos e em 1952 foi até a Dinamarca para realizar a cirurgia de redesignação sexual. Sobre o a proporção da repercussão, Stryker aponta que “em um ano em

³⁹ STRYKER, Susan. Selections from “The Transvestites: The Erotic Drive to Cross-Dress”, by Magnus Hirschfeld, p. 28-39. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 33.

⁴⁰ STRYKER, Susan. **Transgender history: the roots of today's revolution**. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017. p. 62-63.

⁴¹ STRYKER, Susan. **Transgender history: the roots of today's revolution**. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017, p. 62-63.

⁴² BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 96.

que bombas de hidrogênio estavam sendo testadas no pacífico, guerra acontecia nas Coreias, a Inglaterra coroava uma nova rainha e Jonas Salk trabalhava na vacina contra a pólio, Jorgensen foi a principal notícia da mídia em 1953”.⁴³

Stryker entende que Christine Jorgensen foi essencial para abalar as estruturas das normas de gênero então vigentes. De acordo com a autora, em uma época em que muitos homens se viam deslocados na sociedade após voltarem da guerra e as mulheres haviam deixado o trabalho doméstico para suprir a falta de homens no mercado de trabalho, o fato de uma ex-militar, então exemplo de virilidade, optar por uma cirurgia de redesignação sexual e se tornar o estereótipo de feminilidade da época, uma bombshell loira, colocou os significados de masculinidade, feminilidade, homens e mulheres em questão.⁴⁴

O fato de Jorgensen ter buscado uma cirurgia para a total redesignação sexual foi essencial para que Benjamin desenvolvesse e popularizasse a expressão “transexual”, que então passou a ser utilizada para definir aquela pessoa que buscava a cirurgia para alterar o corpo físico.⁴⁵ Neste sentido, leciona Barbosa que:

Inspirado pelo conceito de identidade de gênero de John Money, Benjamin afirma que as diferenças básicas entre travestis e transexuais encontram-se na relação que cada qual mantém com seu respectivo órgão genital e com o desejo da cirurgia de transgenitalização: enquanto travestis não desejariam esta cirurgia e sentiriam prazer com o pênis, transexuais a desejariam e sentiriam desconforto e profunda infelicidade em relação ao pênis. Para o autor, isso estaria associado ao desenvolvimento de convicções distintas de identidade de gênero. Assim, travestis não se sentiriam mulheres por saberem que são homens, enquanto transexuais afirmariam que sempre foram mulheres, desde a mais tenra idade.⁴⁶

Com a publicação de *O Fenômeno Transexual* em 1966, Benjamin sustentou que a identidade de gênero de uma pessoa não poderia ser alterada ou suprimida,

⁴³ “In a year when hydrogen bombs were being tested in the Pacific, war was raging in Korea, England had crowned a new queen, and Jonas Salk was working on the pólio vaccine, Jorgensen was the most writtenabout topic in the media in 1953”. STRYKER, Susan. **Transgender history: the roots of today’s revolution**. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017, p. 65.

⁴⁴ STRYKER, Susan. **Transgender history: the roots of today’s revolution**. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017, p. 65.

⁴⁵ STRYKER, Susan. **Transgender history: the roots of today’s revolution**. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017, p. 67.

⁴⁶ BARBOSA, Bruno Cesar. Doidas e putas: usos das categorias travesti e transexual. **Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana**. Rio de Janeiro, n. 14, p. 352-379, 2013. p. 360.

sendo um dever do médico ajudar a pessoa trans a alcançar a felicidade no gênero com o qual se identificava. Após alguns meses, a Faculdade de Medicina da Universidade Johns Hopkins começou o primeiro programa de “mudança de sexo” nos Estados Unidos.^{47, 48}

Tal foi a influência de Benjamin que ainda hoje suas ideias são utilizadas no “diagnóstico” da identidade de gênero trans ou, como também é chamada, disforia de gênero. A *World Professional Association for Transgender Health (WPATH)*, anteriormente conhecida como *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (HBIGDA)*, é responsável por um dos documentos médicos internacionais para o “tratamento” das pessoas trans, o *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People (SOC)*, atualmente em sua sétima edição. Segundo Bento,

O propósito principal do SOC é articular um consenso profissional internacional acerca do manejo psiquiátrico, psicológico, médico e cirúrgico das “Desordens da Identidade de Gênero”. Ao mesmo tempo objetiva orientar os profissionais no entendimento dos “parâmetros dentro dos quais podem oferecer assistência às pessoas com esse tipo de problema”. Além dos profissionais, objetiva atingir um escopo mais amplo, pretende orientar familiares, as instituições sociais como um meio para entender o pensamento atual dos profissionais e a melhor forma de lidar com as pessoas “disfóricas de gênero”.⁴⁹

Já a introdução do SOC dispõe que

⁴⁷ STRYKER, Susan. **Transgender history**: the roots of today's revolution. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017, p. 89.

⁴⁸ Sobre a importância de Benjamin, ressalta Barbosa que: “Para o autor, não existiria uma linha que separa homens e mulheres, mas condições misturadas, noção esta tributária das teorias da bissexualidade original. Grande parte das suas falas e textos começavam pela apresentação dos ‘seres humanos’ como um misto de masculino e feminino. As ‘condições misturadas’, no entanto, são mais raras (e, neste sentido desvios, patologias) que a norma, embora tão dignas de existência quanto. Esse discurso também será a retórica recorrentemente utilizada por ele e Jorgensen para explicar a transexualidade. Neste sentido, embora utilizando noções de patologia (enquanto desvio da norma) a questão de Benjamin era advogar que o desejo de transformação dessas pessoas seria legítimo por uma causa somática profunda e além da aparência. Sua teoria biologizante legitimava o desejo das pessoas e situava a bissexualidade original como algo da natureza”. Em: BARBOSA, Bruno Cesar. **Imaginando trans: saberes e ativismos em torno das regulações das transformações corporais do sexo**. 2015. 187 páginas. Tese de Doutorado em Antropologia Social – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 47.

⁴⁹ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 114.

O objetivo geral das NDA (Normas de Atenção) é fornecer uma orientação clínica para profissionais de saúde ajudarem pessoas trans e com variabilidade de gênero a transitarem por caminhos seguros e eficazes *para alcançar um conforto pessoal duradouro com suas identidades de gênero, a fim de maximizar sua saúde de modo geral, seu bem-estar psicológico e sua realização pessoal*. Essa assistência pode incluir cuidados de saúde primários, atendimento ginecológico e urológico, opções reprodutivas, terapias de voz e comunicação, serviços de saúde mental (por exemplo, avaliação, aconselhamento e psicoterapia) e tratamentos hormonais e cirúrgicos. Apesar de ser essencialmente um documento para profissionais de saúde, as NDA também podem ser utilizadas por qualquer pessoa interessada, familiares e instituições sociais para entender como podem ajudar a promover a saúde ótima das/ os integrantes dessa população diversa (grifo nosso).⁵⁰

Trata-se de um documento progressista, reconhecendo, inclusive, aqueles que transitam entre os gêneros ou não buscam qualquer procedimento médico, e elencando entre seus princípios que não se deve patologizar as diferenças de identidade ou de expressão de gênero, o SOC continua sendo um documento que trabalha com diretrizes clínicas, conforme consta de maneira expressa nas considerações introdutórias do mesmo.⁵¹

Contudo, ao tratar da disforia de gênero, entendida como o “desconforto ou mal-estar causado pela discrepância entre a identidade de gênero de uma pessoa e

⁵⁰ World Professional Association for Transgender Health. **Normas de atenção à saúde das pessoas trans e com variabilidade de gênero**. Illinois, 2012, p. 1. Disponível em < https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Portuguese.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

⁵¹ “Esses princípios incluem: a) respeitar as pessoas com variabilidade de gênero (não se devem patologizar as diferenças de identidade ou de expressão de gênero); b) fornecer atendimento (ou encaminhar a um/a especialista) que afirme a identidade de gênero da pessoa usuária do serviço e reduza seu desconforto da disforia de gênero, quando presente; c) adquirir conhecimentos sobre as necessidades de saúde das pessoas trans e com variabilidade de gênero, incluindo os benefícios e os riscos das opções de tratamento para a disforia de gênero; d) combinar a abordagem do tratamento com as necessidades específicas das pessoas usuárias do serviço, especialmente seus objetivos para a expressão de gênero e necessidade de alívio da disforia de gênero; e) facilitar o acesso a atendimentos adequados; f) exigir o consentimento informado das pessoas usuárias do serviço antes de fornecer tratamento; g) proporcionar a continuidade do atendimento; h) estar preparado/a para apoiar e defender as pessoas usuárias do serviço dentro de suas famílias e comunidades (escolas, locais de trabalho e outros ambientes)”. World Professional Association for Transgender Health. **Normas de atenção à saúde das pessoas trans e com variabilidade de gênero**. Illinois, 2012, p. 1. Disponível em < https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Portuguese.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019, p. 3-4.

o sexo a ela atribuído no momento do nascimento”,⁵² o SOC ainda propõe que deve existir um diagnóstico para que se acesse os tratamentos e cuidados médicos.⁵³

Ainda na abordagem biomédica, merecem destaque a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 11), organizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), e também o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V), organizado pela Associação Americana de Psiquiatras. De acordo com Byne *et al.*,

O diagnóstico “transexualismo” apareceu pela primeira vez em 1975, na nona revisão da Classificação Internacional de Doenças (CDI-9) e, em seguida, no DSM-III em 1980, dentro da categoria geral “Desvios Sexuais”. As características definidoras desse diagnóstico eram as seguintes: (1) desconforto do indivíduo com o sexo que lhe foi assinalado; (2) *travestismo*, real ou fictício, de acordo com o outro sexo, mas não com o objetivo de excitação sexual; e (3) o desejo do indivíduo de se livrar de suas características sexuais primárias e secundárias e adquirir aquelas pertencentes ao outro sexo. DSM-III ainda incluía “Distúrbio de Identidade de Gênero Infantil” (tradução nossa).⁵⁴

A CID-10, de 2010, ainda classificava a transgeneridade como “distúrbio de identidade de gênero” (F64), sob a categoria ampla de “Desordens Mentais e Comportamentais”.⁵⁵ Ou seja, para todos os efeitos, a transgeneridade era uma doença psiquiátrica, tal como a psicose, bipolaridade e esquizofrenia. A CID-10 diferenciava a transgeneridade em cinco variáveis: transexualismo (*sic*); travestismo;

⁵² World Professional Association for Transgender Health. **Normas de atenção à saúde das pessoas trans e com variabilidade de gênero**. Illinois, 2012, p. 1. Disponível em < https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Portuguese.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019, p. 5.

⁵³ World Professional Association for Transgender Health. **Normas de atenção à saúde das pessoas trans e com variabilidade de gênero**. Illinois, 2012, p. 1. Disponível em < https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Portuguese.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019, p. 5-6.

⁵⁴ “The diagnosis, ‘Transsexualism’ (*sic*), first appeared in 1975 in the ninth revision of the International Classification of Diseases (ICD)-9 and subsequently, in the DSM-III in 1980 under the parent category, Sexual Deviations. The defining characteristics of this diagnosis were as follows: (1) discomfort about one’s assigned sex; (2) ‘cross-dressing’, in reality or fantasy, as the other sex, but not for the purpose of sexual excitement; and (3) the desire to get rid of one’s primary and secondary sex characteristics and to acquire those of the other sex. DSM-III also included ‘Gender Identity Disorder of Childhood’ (GIDC)”. BYNE, William; KARASIC, Dan H.; COLEMAN, Eli; EYLER, A. Evan; KIDD, Jeremy D.; MEYER-BAHLBURG, Heino F. L.; PLEAK, Richard R.; PULA, Jack. Gender dysphoria in adults: An overview and primer for psychiatrists, p. 57-A3. **Transgender Health**. Vol. 3, n. 1, 2018, p. 59.

⁵⁵ World Health Organization. **International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems Tenth Revision**. 2010. Disponível em < <https://icd.who.int/browse10/2010/en#/F64.0>>. Acesso em 15 de maio de 2019.

distúrbio de identidade de gênero infantil; outras desordens de identidade de gênero; e distúrbio de identidade de gênero não-especificada. Sobre a CID-10, Bento entende que o documento considera o “transexualismo” uma doença, uma doença mental, ainda que não haja qualquer menção sobre os sintomas que levaram o conglomerado médico a esta conclusão.⁵⁶

A CID-11, publicada em 2018, apresentou um grande avanço em direção à despatologização da transgeneridade.⁵⁷ Agora a transgeneridade é classificada como “incongruência de gênero”, alocada sob o grupo “condições relacionadas à saúde sexual”. Ainda diferencia o diagnóstico em três variáveis: Incongruência de gênero na adolescência e em adultos; incongruência de gênero na infância; e incongruência de gênero não-especificada. De acordo com Byne *et al.*, cujo trabalho é apenas um pouco anterior à publicação da CID-11:

Em sua próxima edição, a décima primeira, CID-11, o diagnóstico de incongruência de gênero provavelmente será retirado da seção de sobre transtornos mentais. Em vez disso, a proposta é de que fosse colocado em uma seção separada, denominada provisoriamente como “condições relacionadas à saúde sexual” ou “saúde sexual e de gênero”. Colocar a incongruência de gênero nesta seção irá desclassificá-lo como um transtorno mental, mas, ao mesmo tempo, irá manter um diagnóstico que facilita o acesso à saúde e cuidados, e pode levar até mesmo a Associação Americana de Psiquiatras a remover a “disforia de gênero” do seu manual de diagnósticos (tradução nossa).⁵⁸

Tal mudança pode parecer discreta, mas se trata de um grande avanço em direção à despatologização. Primeiramente, destaca-se a mudança quanto à categorização ampla, em que a identidade de gênero trans deixa de ser um

⁵⁶ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 113.

⁵⁷ World Health Organization. **Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems Eleventh Revision**. 2018. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f411470068>>. Acesso em 15 de maio de 2019.

⁵⁸ “In its forthcoming eleventh iteration, ICD-11, the diagnosis of Gender Incongruence (GI) (corresponding to GD in DSM-5 terminology) will most likely be moved out of the section on mental disorders. Instead, it has been proposed to place it in a separate section tentatively named Conditions Related to Sexual Health or Sexual and Gender Health. Placing GI in this section will declassify it as a mental disorder, while maintaining a diagnosis that will facilitate access to care through third party reimbursement, and could eventually lead to American Psychiatric Association (APA) removing GD from the DSM”. BYNE, William; KARASIC, Dan H.; COLEMAN, Eli; EYLER, A. Evan; KIDD, Jeremy D.; MEYER-BAHLBURG, Heino F. L.; PLEAK, Richard R.; PULA, Jack. Gender dysphoria in adults: An overview and primer for psychiatrists, p. 57-A3. **Transgender Health**. Vol. 3, n. 1, 2018, p. 60.

transtorno mental, tal como a depressão, por exemplo, e passa a ser uma *condição* relacionada à saúde sexual, uma mera condição dentro das variáveis possíveis em se falando de pessoas.

Outro ponto que vale destacar é a mudança de *transtorno*, este entendido como uma perturbação, desordem em nível subjetivo, para *incongruência*, que por sua vez é uma mera desarmonia, desarmonia exemplificada pelo descompasso entre o gênero assinalado ao nascer e o gênero com o qual o indivíduo se identifica.^{59, 60} Assim, semanticamente falando, pode-se sustentar que a identidade de gênero trans deixou de ser uma *patologia* e se tornou uma mera condição humana, dentre as inúmeras possíveis, que merece uma atenção especial por parte das áreas da saúde.

Já o DSM-V, organizado pela Associação Americana de Psiquiatras, cuja quinta edição foi publicado em 2013, mantém a transgeneridade como “disforia de gênero”, mas retirou o nome de “distúrbio de identidade de gênero”. Segundo o próprio manual, disforia de gênero pode ser compreendida como o “descontentamento afetivo/cognitivo de um indivíduo com o gênero designado”, este último entendido como a “designação inicial como homem ou mulher”.⁶¹ Prossegue o manual:

Disforia de gênero refere-se ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa. Embora essa incongruência não cause desconforto em todos os indivíduos, muitos acabam sofrendo se as intervenções físicas desejadas por meio de hormônios e/ou de cirurgia não estão disponíveis. O termo atual é mais descritivo do que o termo anterior transtorno de identidade de gênero, do DSM-IV, e foca a disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria.⁶²

⁵⁹ TRANSTORNO. In: MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/transtorno/>>. Acesso em 08 de junho de 2019.

⁶⁰ INCONGRUÊNCIA. In: DICIO. **Dicionário Online de Português**. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/incongruencia/>>. Acesso em 08 de junho de 2019.

⁶¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. Tradução por Maria Inês Corrêa Nascimento et. al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Título original: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition. p. 451.

⁶² AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. Tradução por Maria Inês Corrêa Nascimento et. al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Título original: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition. p. 452.

Sobre o DSM-5, assinalam *Byne et al* que

Por fim, o diagnóstico foi mantido pelo DSM-V, mas seu nome foi alterado para Disforia de Gênero (GD), removendo simultaneamente o “distúrbio” estigmatizante de seu nome e mudando o foco para disforia, sendo esta o sintoma alvo para intervenção e tratamento, ao invés de identidade de gênero em si. GD também foi removido da categoria geral que incluía disfunções sexuais e parafilias, com as quais não tem nada em comum, e realocado em uma categoria geral separada, também denominada Disforia de Gênero (tradução nossa).⁶³

Ao contrário da mudança ocorrida no CID, a mudança do DSM é meramente formal, sem apresentar grandes avanços em direção à despatologização, uma vez que o próprio manual trata exclusivamente, conforme o nome diz, de transtornos mentais. Assim, apesar de evitar uma abordagem violenta que se tem ao se utilizar do termo distúrbio, o referido manual médico ainda considerada a identidade de gênero trans como um transtorno, uma doença mental.

De acordo com Bento, a abordagem do DSM se aproxima mais da abordagem psicanalista da identidade de gênero trans, principalmente a corrente defendida por Robert Stoller, o qual era um defensor apaixonado e radical do dimorfismo sexual. Sobre a visão de Stoller, relata Bento que esta se baseava na ideia de que o masculino e o feminino eram verdade naturais e somente poderiam se encontrar por meio da heterossexualidade, cabendo ao terapeuta intervir caso houvesse alguma discrepância no desenvolvimento estritamente heteronormativo.⁶⁴

Ainda na psicanálise, Argentieri, por exemplo, sustenta que:

Todos concordamos que na raiz dessas patologias (*sic*) há um dano narcisista, uma autoimagem que é inadequada e subestimada, que tenta a

⁶³ “Ultimately, the diagnosis was retained by DSM-5, but its name was changed to Gender Dysphoria (GD), simultaneously removing the stigmatizing “disorder” from its name and shifting the focus to dysphoria as the target symptom for intervention and treatment, rather than gender identity itself. GD was also moved out of the parent category that included sexual dysfunctions and paraphilias, with which it has nothing in common, and into a separate parent category, also named Gender Dysphoria”. BYNE, William; KARASIC, Dan H.; COLEMAN, Eli; EYLER, A. Evan; KIDD, Jeremy D.; MEYER-BAHLBURG, Heino F. L.; PLEAK, Richard R.; PULA, Jack. Gender dysphoria in adults: An overview and primer for psychiatrists, p. 57-A3. **Transgender Health**. Vol. 3, n. 1, 2018, p. 59.

⁶⁴ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 101-102.

reparação maníaca. O transexualismo, escreve Chiland, é “uma doença do narcisismo”. As fantasias que acompanham o travestismo, ou ainda mais a mudança de sexo, são vivenciadas como portadoras de segurança e bem-estar, de consolidação do “senso de si” de que fala Winnicott. Mas, como comenta Oppenheimer, no transexual há também um ódio inconsciente dos dois pais que foram privados de sua principal função geradora. O “novo nascimento” celebra este triunfo maníaco e garante “benefícios narcisistas” (tradução nossa).⁶⁵

Para a psicanalista italiana, portanto, a identidade de gênero trans é um transtorno narcisista, em que o indivíduo coloca um “falso senso de si” como uma verdade, além de um repúdio aos pais, buscando “nascer novamente” e apagar o “antigo nascimento”.

Há também os autores que sustentam que a identidade de gênero trans é um produto da medicina moderna. Hausman, por exemplo, sustenta que a transexualidade é uma invenção dos tempos modernos, uma vez que a “mudança de sexo” não seria possível sem as intervenções médicas. Leciona a autora que:

O principal ponto do meu argumento é que o desenvolvimento de certas tecnologias médicas tornou possível o advento do transexualismo (*sic*); um argumento corolário essencial é que essas tecnologias também tornaram possível o uso contemporâneo da palavra “gênero”. À medida que a endocrinologia e a cirurgia plástica se desenvolviam, os médicos podiam ser mais ativos no tratamento de sujeitos intersexuais; os clínicos podiam intervir no nível da anatomia e da fisiologia para permitir que seus pacientes simulassem (*sic*) um ou outro sexo.⁶⁶

De notório repúdio à ideia de transgeneridade, é válido citar também a obra da autora feminista Janice Raymond, *The Transsexual Empire*, originalmente publicada em 1979, em que a autora defende o determinismo biológico e em como a “transexualidade” é um “programa sociopolítico que tem como objetivo minar o

⁶⁵ “We all agree that at the root of these pathologies there is a narcissistic damage, a self-image that is inadequate and underrated, that attempts maniacal reparation. Transsexualism, writes Chiland, is ‘a malady of narcissism’. The fantasies that accompany transvestism, or even more so the change of sex, are experienced as being the carriers of security and well-being, of a consolidation of the ‘sense of self’ that Winnicott speaks about. But, as Oppenheimer comments, in the transsexual there is also an unconscious hatred of the two parents who have been deprived of their principal generative function. The ‘new birth’ celebrates this maniacal triumph and guarantees ‘narcissistic benefits’”. ARGENTIERI, Simona. Transvestism, transsexualism, transgender: identification and imitation, p. 1-40. In: AMBROSIO, Giovanna. **Transvestism, transsexualism in the Psychoanalytic Dimension**. London: Karnac Books LTD., 2009, p. 16.

⁶⁶ HAUSMAN, Bernice. L. **Changing sex: transsexualism, technology and the idea of gender**. Durham: Duke University Press, 1995, p. 7.

movimento que luta contra estereótipos e opressão sexual nessa cultura”.⁶⁷ Assim, a “transexualidade” seria um Cavalo de Troia do poder patriarcal, que tem como principal objetivo destruir a ideia de uma “mulher de verdade”, visão esta reforçada pelos seguintes pontos: 1) que a maioria das pessoas trans que busca a redesignação sexual são mulheres trans; 2) que foram homens cisgêneros os primeiros a realizar a cirurgia em outras pessoas; e 3) Que os homens são construídos para verem as mulheres como objetos de desejo, e por esta razão as mulheres trans reproduzem estereótipos femininos, dentre outros.⁶⁸

O livro de Raymond é rebatido por Sandy Stone, ela mesma uma mulher trans, em *The Empire Strikes Back: a posttransexual manifesto*, em que a autora aponta que a história indica a existência de pessoas trans muito antes das clínicas de redesignação do século XX, e também que o corpo da pessoa trans, a própria existência da pessoa trans, é criado em meio às batalhas entre o conglomerado médico, os discursos feministas, o sistema patriarcal. Todas estas correntes se inscrevem no corpo da pessoa trans e tentam a todo custo defini-lo, controla-lo, seja pela patologização, seja pela deslegitimação.⁶⁹

Contrária a esta visão, da “invenção moderna” da pessoa trans, se posiciona Namaste no sentido de que as pessoas trans, em verdade, são excluídas da sociedade, da medicina, de tudo. Aduz a autora:

Eu argumento que, se realmente fizermos algumas pesquisas empíricas sobre alguns dos assuntos mais importantes para transexuais - estado civil, acesso a cuidados de saúde, descriminalização da prostituição, práticas policiais abusivas - descobrimos que os transexuais são, literalmente, rejeitados e excluídos do mundo institucional. Eles não têm acesso a muitos tipos de serviços, como abrigos para mulheres agredidas. Então, começando com esses dados empíricos, levanto duas questões em relação à teoria. Em primeiro lugar, argumento que as teorias relativas à produção de transexualidade estão erradas: os transexuais não são, de fato, produzidos pela instituição médica e psiquiátrica. Em vez disso, eles são

⁶⁷ RAYMOND, Janice. **The transexual empire**: the making of the she-male. New York: Teachers College Press, 1994. p. 21.

⁶⁸ RAYMOND, Janice. **The transexual empire**: the making of the she-male. New York: Teachers College Press, 1994. p. 25-30.

⁶⁹ STONE, Sandy. The empire strikes back: a posttransexual manifesto, p. 221-232. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

continuamente apagados do mundo institucional - excluídos de seus programas, excluídos de seus termos de referência (tradução nossa).⁷⁰

Assim, seria contraditório que as pessoas trans, tal como proposto por Raymond, fossem criadas e, posteriormente, rejeitadas pelas mesmas instituições. Se as pessoas trans são, de fato, um cavalo de Tróia criado pelo patriarcado, por qual razão este as rejeita, as discrimina?

Feita esta breve análise, espera-se que tenha ficado claro que a transgeneridade (transexualidade, travestismos, disforia de gênero) como conhecemos hoje já nasceu como uma doença, um desvio do desenvolvimento correto. A transgeneridade surgiu como o errado.

A construção da transgeneridade como uma matéria essencialmente médica leva à patologização da identidade de gênero trans, impondo a ideia de que existe um modelo coerente de identidade de gênero, o cisgênero, e que qualquer coisa que não se encaixe nos moldes cisgêneros é uma desordem, uma anomalia.

Este modelo coerente de identidade de gênero pode ser definido também como uma norma de gênero. Neste sentido, assevera Butler que

Uma operação simultânea das normas de gênero pode ser vista no diagnóstico do Transtorno de Identidade de Gênero do DSM-IV. Este diagnóstico que, em grande parte, assumiu o papel de monitorar sinais de homossexualidade incipiente em crianças, assume que “disforia de gênero” é um distúrbio psicológico simplesmente porque alguém de um dado gênero manifesta atributos de outro gênero ou um desejo de viver como outro gênero. *Isso impõe um modelo de vida coerente de gênero, que diminui a complexidade em que as vidas generificadas são moldadas e vividas* (grifo nosso) (tradução nossa).⁷¹

⁷⁰ NAMASTE, Viviane. **Sex change, social change**: reflections on identity, institutions and imperialism. Toronto: Women's Press, 2005, p. 3

⁷¹ “A concurrent operation of gender norms can be seen in the DSM IV's Gender Identity Disorder diagnosis. This diagnosis that has, for the most part, taken over the role of monitoring signs of incipient homosexuality in children assumes that “gender dysphoria” is a psychological disorder simply because someone of a given gender manifests attributes of another gender or a desire to live as another gender. This imposes a model of coherent gendered life that demeans the complex ways in which gendered lives are crafted and lived”. BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004, p. 4-5.

Para a filósofa *queer*, portanto, as normas de sexo, de gênero, de sexualidade são construídas como verdade, verdades estas que são sustentadas pelas mais variadas áreas da ciência, da medicina à filosofia. A autora se utiliza do exemplo do DSM-IV, que coloca a identidade de gênero trans como um transtorno psicológico e, assim, mantém a identidade de gênero cisgênero como o normal. O *anormal* dá razão ao *normal*.

Atualmente, a sociedade, em linhas gerais, utiliza-se do discurso médico-biológico para determinar o sexo e, conseqüentemente, o gênero (e a sexualidade esperada) dos indivíduos.⁷² Tal discurso se funda nas características cromossômicas dos sexos, a saber:

O sexo genotípico de um indivíduo é definido pela informação genética que leva ao desenvolvimento de um sexo ou outro. Normalmente, a composição cromossômica determina o sexo genotípico de uma pessoa. Por exemplo, os machos geralmente são 46, XY, o que significa que eles têm um número normal de cromossomos (46), incluindo um cromossomo X e um cromossomo Y; as fêmeas são tipicamente 46, XX, carregando 46 cromossomos em cada uma de suas células, incluindo dois cromossomos X e nenhum cromossomo Y (tradução nossa).⁷³

As características cromossômicas também influenciam no sexo fenotípico, este entendido como as características físicas dos aparelhos genitais internos e externos. De acordo com Vilain, os embriões humanos são bipotenciais, tanto para machos ou fêmeas, em todos os sentidos.⁷⁴ Até o final da sétima semana, as gônadas femininas e masculinas são indistinguíveis, com outras diferenciações ocorrendo gradativamente. Esta é a formação que a medicina e demais ciências elegeram como “verdade”. Porém, não é a única.

⁷² LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 73.

⁷³ “The genotypic sex of an individual is defined by the genetic information leading to the development of one sex or the other. Typically, chromosomal makeup determines the genotypic sex of a person. For instance, males are usually 46,XY, meaning that they have a normal number of chromosomes (46), including one X chromosome and one Y chromosome; females are typically 46,XX, carrying 46 chromosomes in each of their cells, including two X chromosomes and no Y chromosome”. VILAIN, Eric. Genetics of Sexual Development and Differentiation, p. 329-353. In: ROWLAND, David L. (ed.); INCROCCI, Luca (ed.). **Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008, p. 330.

⁷⁴ VILAIN, Eric. Genetics of Sexual Development and Differentiation, p. 329-353. In: ROWLAND, David L. (ed.); INCROCCI, Luca (ed.). **Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008, p. 333.

Ao contrário da transgeneridade, a intersexualidade, por exemplo, é diagnosticada como uma anomalia no desenvolvimento, especificamente “anomalia nos cromossomos sexuais” pela CID-11. Tal diagnóstico se resume a “qualquer doença causada por alteração no número ou estrutura do cromossoma X ou Y. A confirmação é pela observação de uma anomalia cromossômica por testes genéticos”. Sobre a incidência da intersexualidade, Connel e Pearse apontam que

Em primeiro lugar, há um número considerável de categorias intersexo, como fêmeas sem um segundo cromossomo x, machos com um cromossomo X extra, padrões hormonais anômalos ou contraditórios, e uma variedade surpreendente de formas dos genitais sem padrão, tanto interna quanto externamente. A bióloga Anne Fausto-Sterling estima que os grupos intersexo somados podem representar 1,7% de todos os nascimentos; outros autores pensam que essa proporção é menor.⁷⁵

Crianças que apresentam a morfologia intersexual são submetidas a cirurgias de “correção” desde muito cedo, como se houvesse uma forma correta de um corpo ser e existir. Não se questiona sobre como aquela criança vai ou não se identificar ou se ela quer ou não uma morfologia estritamente masculina ou feminina.⁷⁶

Assim, urge a seguinte questão: em se tratando especificamente das categorias do sexo biológico, é possível falar em certo e errado? Não seria a intersexualidade um dos vários desenvolvimentos possíveis do corpo humano e, conseqüentemente, um sexo válido? Essa norma da binariedade dos sexos, dos gêneros e também da sexualidade possui efeitos na vida das pessoas que não se adequam a tais normas, que são vistas como incompreensíveis, imorais.

Ao se estabelecer que a regra é o binômio dos sexos e dos gêneros, simultaneamente estabelece-se que qualquer coisa que fuja a isso é uma exceção, é o desvio da regra estipulada e imutável. Aduz Louro que:

A concepção binária do sexo, tomado como um “dado” que independe da cultura, impõe, portanto, limites à concepção de gênero e torna a heterossexualidade o destino inexorável, a forma compulsória de

⁷⁵ CONNELL, Rawyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 1. ed. São Paulo: Editora nVersos, 2015, p. 88.

⁷⁶ BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004, p. 4.

sexualidade. As discontinuidades, transgressões e subversões que essas três categorias (sexo-gênero-sexualidade) podem experimentar são empurradas para o terreno do incompreensível ou do patológico. Para garantir a coerência, a solidez e a permanência da norma são realizados investimentos – continuado, reiterativos, repetidos. Investimentos produzidos a partir de múltiplas instâncias sociais e culturais: postos em ação pelas famílias, pelas escolas, pelas igrejas, pelas leis, pela mídia ou pelos médicos com o propósito de afirmar e reafirmar as normas que regulam os gêneros e as sexualidades. As normas regulatórias voltam-se para os corpos para indicar-lhes limites de sanidade, legitimidade, moralidade ou coerência. Daí porque aqueles que escapam ou atravessam esses limites ficam marcados como corpos – e sujeitos – ilegítimos, imorais ou patológicos.⁷⁷

A esta norma que é aplicada reiteradamente sobre os corpos, de modo a impor sobre eles o que convencionou-se chamar de verdade, dá-se o nome de “gênero”, o qual possui variados significados e aplicações, a depender da abordagem dos autores. Sobre o termo, assinala Connell que:

O gênero é uma estrutura de relações sociais na qual as capacidades reprodutivas dos corpos humanos são postas na história, e na qual todos os corpos, férteis ou não, são definidos por sua colocação na arena reprodutiva. Como em todas as demais formas de corporificação social, isso acontece de diferentes maneiras. A maior parte das ordens de gênero, contudo, é patriarcal, ou seja, constrói privilégios para os homens e subordinação para as mulheres, enquanto grupos.⁷⁸

A autora também considera gênero uma forma de *corporificação social*, um processo em que práticas sociais humanas são impostas aos corpos e determinadas em razão destes corpos e dos seus sexos biológicos.⁷⁹ Stryker, partilhando desta opinião, entende gênero como “a organização social dos corpos em diferentes categorias de pessoas (tradução nossa)”.⁸⁰

⁷⁷ LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 75-76.

⁷⁸ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. 1. ed., São Paulo: Editora nVersos, 2016, p. 60.

⁷⁹ CONNELL, Rawyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero**: uma perspectiva global. 1. ed. São Paulo: Editora nVersos, 2015, p. 113.

⁸⁰ “Generally speaking, gender is considered to be cultural, and sex, biological. It’s usually a safe bet to use the words man and woman to refer to gender just as male and female are used to refer to sex. Though we are all born with a certain kind of body that the dominant culture calls our sex, no one is born as a boy or girl, a woman or a man; rather, we are all assigned to a gender and come to identify (or not) with that gender through a complex process of socialization. Gender is derived from the Latin word *genus*, meaning ‘kind’ or ‘type’”. STRYKER, Susan. **Transgender History**: the roots of today’s revolution. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017. p. 21.

Portanto, é possível delimitar gênero como uma *estrutura social*, mais especificamente, uma estrutura social que, baseada em concepções binárias do sexo, atua sobre os corpos sexuados, organizando-os “homens” e “mulheres”, categorias sociais permeadas por inúmeras diretrizes que estabelecem de maneira imperiosa como os corpos masculinos e femininos devem se comportar. Estes corpos, por sua vez, devem se orientar conforme as verdades construídas histórica e culturalmente pela sociedade, quais sejam: corpos machos serão homens masculinos; corpos fêmeas serão mulheres femininas; corpos intersexuais serão adequados a machos ou fêmeas; a orientação sexual válida e verdadeira é a heterossexual.

Temos como verdade, portanto, um modelo de vida heteronormativo, cujo fim é a reprodução sexual.^{81, 82, 83} Sobre a heteronormatividade, leciona Miskolci que “a heteronormatividade é a ordem sexual do presente, fundada no modelo heterossexual, familiar e reprodutivo. Ela se impõe por meio de violências simbólicas e físicas dirigidas principalmente a quem rompe normas de gênero”.^{84, 85}

Contudo, por não ser uma verdade natural e absoluta, o gênero precisa ser constantemente reiterado, aplicado, reforçado nos corpos sobre os quais atua. É uma verdade construída artificialmente e que precisa ser mantida como verdade. Butler entende que o gênero é “projeto corporal contínuo e repetido”, que tem como fim a sua própria sobrevivência, precisando ser desempenhado a todo tempo para

⁸¹ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. 1. ed., São Paulo: Editora nVersos, 2016, p. 47-48.

⁸² BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004, p. 42-43.

⁸³ WEST, Candace; ZIMMERMAN, Don H. Doing gender, p. 125-151. **Gender and Society**. vol. 1, n. 2, 1987, p. 127.

⁸⁴ MISKOLCI, Richard. **Teoria queer: um aprendizado pelas diferenças**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 48.

⁸⁵ No mesmo sentido, sustenta Louro: “A forma ‘normal’ de viver os gêneros aponta para a constituição da forma ‘normal’ de família, a qual, por sua vez, se sustenta sobre a reprodução sexual e, conseqüentemente, sobre a heterossexualidade. É evidente o caráter político dessa premissa, na qual não há lugar para aqueles homens e mulheres que, de algum modo, perturbem a ordem ou dela escapem. Os custos cobrados desses sujeitos são altos. São-lhes impostos custos morais, políticos, materiais, sociais, econômicos, mesmo que hoje a desobediência e o desvio dessa ordem sejam mais visíveis e até mesmo mais ‘suportados’ do que em outros momentos”. Em: LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 81.

que continue a existir. O gênero é um ato, uma ação repetida, uma performance, “a estilização repetida do corpo”.⁸⁶ Leciona a autora que:

Assim, em que sentidos o gênero é um ato? Como em outros dramas sociais rituais, a ação do gênero requer uma performance repetida. Essa repetição é a um só tempo reencenação e nova experiência de um conjunto de significados já estabelecidos socialmente; e também é a forma mundana e ritualizada de sua legitimação. Embora existam corpos individuais que encenam essas significações estilizando-se em formas do gênero, essa “ação” é uma ação pública. Essas ações têm dimensões temporais e coletivas, e seu caráter público não deixa de ter consequências; na verdade, a performance é realizada com o objetivo estratégico de manter o gênero em sua estrutura binária — um objetivo que não pode ser atribuído a um sujeito, devendo, ao invés disso, ser compreendido como fundador e consolidador do sujeito.^{87, 88}

Portanto, o gênero é um *fazer algo* em vez de apenas *ser algo*. Não basta apenas ter um corpo sexuado, feminino ou masculino. É preciso apresentar, *performar*, este corpo à sociedade, *performance* esta que se dá através de expressões socialmente atribuídas a homens ou a mulheres. Demonstra-se aos demais indivíduos da sociedade que se é homem porque se comporta e se apresenta com a ideia atribuída ao homem; demonstra-se que se é mulher porque se comporta e se apresenta com a ideia atribuída à mulher.

Tal ponto é igualmente sustentado por West e Zimmerman, para quem o gênero é feito através de um “complexo de atividades perceptivas, interacionais e micropolíticas socialmente guiadas”.⁸⁹ Para os autores, “fazer gênero” seria o ato de diferenciar “meninos” e “meninas” de uma maneira que em nada se relaciona com o

⁸⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble.. Não paginado.

⁸⁷ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

⁸⁸ Neste mesmo sentido, assevera Stryker que: “To say that gender is a performative act is to say that it does not need a material referent to be meaningful, is directed at others in an attempt to communicate, is not subject to falsification or verification, and is accomplished by “doing” something rather than “being” something. A woman, performatively speaking, is one who says she is—and who then does what woman means. The biologically sexed body guarantees nothing; it is necessarily there, a ground for the act of speaking, but it has no deterministic relationship to performative gender”. Em: STRYKER, Susan. (De)Subjugated knowledges: an introduction to transgender studies, p. 1-17. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 10.

⁸⁹ WEST, Candace; ZIMMERMAN, Don H. Doing gender, p. 125-151. **Gender and Society**. vol. 1, n. 2, 1987, p. 126.

biológico, através de atos reiterados realizados no meio social, em uma interação entre o indivíduo e os demais membros da sociedade.⁹⁰ Connel, seguindo nesse mesmo sentido, entende que existe um processo de construção conjunta denominado *corporificação social*, esta entendida como o “processo coletivo e reflexivo que envolve os corpos em dinâmicas sociais nos corpos”.⁹¹

Kessler e McKenna, através de pesquisa empírica, desenvolveram uma “teoria de gênero”, em que sustentam que o gênero se desenvolve através de um processo de atribuição, processo este em que os indivíduos que compõe a sociedade apresentam e apreendem sinais socialmente compartilhados, símbolos. Depois, reconhecem que estes símbolos são exclusivos de determinado gênero e, pelas regras da sociedade, atribuem naturalmente este gênero a determinado sexo.⁹²

Portanto, sendo o gênero uma construção social que se desenvolve ao longo da história, devendo ser reiteradamente aplicado para que continue a determinar como os corpos devem ou não ser, é possível falar que existe um “homem” ou uma “mulher” originais, verdadeiros, que não foram construídos socialmente como “homem” ou “mulher”? Beauvoir propôs em *O Segundo Sexo* que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.⁹³ Sobre tal ideia, sustenta Butler que:

O sexo não causa o gênero; e o gênero não pode ser entendido como expressão ou reflexo do sexo; aliás, para Beauvoir, o sexo é imutavelmente um fato, mas o gênero é adquirido, e ao passo que o sexo não pode ser mudado — ou assim pensava ela —, o gênero é a construção cultural variável do sexo, uma miríade de possibilidades abertas de significados culturais ocasionados pelo corpo sexuado.⁹⁴

Indo além, Butler sustenta que as próprias categorias de sexo, esta tida como a dimensão biológica de diferenciação, é apenas uma “construção mística e sofisticada, uma formação imaginária que reinterpreta as características físicas por

⁹⁰ WEST, Candace; ZIMMERMAN, Don H. Doing gender, p. 125-151. **Gender and Society**. vol. 1, n. 2, 1987, p. 129.

⁹¹ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. 1. ed., São Paulo: Editora nVersos, 2016, p. 48.

⁹² KESSLER, Suzanne J.; McKENNA, Wendy. Toward a theory of gender, p. 165-182. In: STRYKER, Susan. **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

⁹³ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2014, p. 190.

⁹⁴ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

meio da rede de relações em que são percebidas”.⁹⁵ O corpo humano, físico, é sempre percebido com uma significação que lhe é atribuída desde antes do nascimento, a partir do momento em que se descobre quais os genitais presentes, de modo que o sexo pressupõe um gênero, um significado social.⁹⁶

Butler desenvolve, então, seu pensamento no sentido de que o corpo é essencial à construção e manutenção do gênero e, portanto, é também capaz e desafiá-lo, contradizendo essas normas que se impõe sobre o corpo mas também dependem dele para continuarem a existir.⁹⁷ Gênero é performativo, são vários atos que criam e mantêm a ideia de gênero, pois este não se fundamenta em absolutamente nada, não existe nada prévio, apenas se inscreve e depende do corpo que o performa.

De acordo com Miskolci:

A nova política de gênero – que também pode ser chamada de *queer* – se materializa no questionamento das demandas feitas a partir dos sujeitos; em outras palavras, chama a atenção para as normas que os criam. Essa mudança de eixo na luta política se fundamenta em duas concepções distintas com relação à dinâmica das relações de poder: um que as compreende a partir da visão do poder como algo que opera pela repressão, e outra que o concebe como mecanismos sociais disciplinadores. Na perspectiva do poder opressor, os sujeitos lutam contra o poder por liberdade, enquanto na do poder disciplinar, a luta é por desconstruir as normas e as convenções culturais que nos constituem como sujeitos.⁹⁸

E é aí que se fundamenta a ideia da teoria *queer* de que as pessoas trans desafiam as normas binárias e estáveis de gênero ao se apresentarem como corpos subversivos, que subvertem as normas de gênero. Para tanto, cita o exemplo das travestis que, segundo a autora, se apresentam exteriormente como femininas.

⁹⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

⁹⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

⁹⁷ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

⁹⁸ MISKOLCI, Richard. **Teoria queer**: um aprendizado pelas diferenças. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 27.

Internamente como masculinas, e também das *drag queens* e *drag kings*, em que existe toda uma contradição simultânea entre o corpo anatômico, a identidade de gênero e a performance de gênero apresentada aos demais membros do corpo social.^{99, 100}

A teoria queer é sobre desafiar as normas de gênero que limitam os corpos à uma única caixa, sem levar em conta a diversidade possível no *continuum* humano. É questionar como se construiu essas normas de gênero, quem construiu e por qual razão elas devem ser seguidas como verdades únicas e inquestionáveis. Butler se manifesta neste exato sentido em *Undoing Gender*:

O mais importante é deixar de legislar para todas as vidas o que é habitável apenas para algumas e, da mesma forma, abster-se de prescrever para todas as vidas o que é inabitável para algumas. [...] A crítica às normas de gênero deve situar-se no contexto de vidas tal como são vividas, e deve ser guiada pela questão de maximizar as possibilidades de uma vida possível de ser vivida e o que minimiza a possibilidade de uma vida insuportável ou, de fato, morte social ou real (tradução nossa).¹⁰¹

A teoria queer busca, acima de tudo, colocar sob escrutínio as normas que criam os gêneros e que os colocam como imperativos sobre os corpos¹⁰². Não se trata de uma teoria que busca acabar com toda e qualquer forma de gênero, mas apenas com o *imperativo* do gênero.

⁹⁹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

¹⁰⁰ Tal ponto é criticado por alguns autores, dentre eles Viviane Namaste, para quem a ideia de perceber as pessoas trans como desafiantes de um sistema é equivocada, uma vez que certas pessoas trans não querem se ver como tal, apenas como “homens” e “mulheres” ao invés de corpos que estão ali para revolucionar as ideias de gênero. A pesquisadora canadense vai além, criticando também os discursos que entendem que as categorias de “mulher”, “transgênero” são válidas apenas quando sua presença no discurso possui uma força política. Em: NAMASTE, Viviane. **Sex change, social change**: reflections on identity, institutions and imperialism. Toronto: Women's Press, 2005. p. 8.

¹⁰¹ “What is most important is to cease legislating for all lives what is liveable only for some, and similarly, to refrain from proscribing for all lives what is unlivable for some. [...] The critique of gender norms must be situated within the context of lives as they are lived and must be guided by the question of what maximizes the possibilities for a livable life, what minimizes the possibility of unbearable life or, indeed, social or literal death” BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004, p. 8.

¹⁰² MISKOLCI, Richard. **Teoria queer**: um aprendizado pelas diferenças. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 27.

Não sendo, portanto, uma verdade biológica, o gênero é imposto às pessoas desde muito cedo, de modo a se tornar algo natural. É um símbolo, um significado socialmente construído e constantemente reiterado, para que continue a existir e possua validade e significado. Em se tratando de símbolos, lecionam Burke e Stets que:

Um símbolo deriva seu significado do consenso social e é arbitrário, variando de uma cultura para outra.

[...]

Como os significados dos símbolos são socialmente definidos, esses significados são compartilhados. Símbolos são relativos a grupos sociais e comunidades linguísticas nas quais os mesmos signos são interpretados da mesma forma pela maioria das pessoas. Os símbolos evocam as mesmas respostas de significado em diferentes indivíduos. É importante ressaltar que os símbolos evocam o mesmo significado na pessoa que os usa, como na pessoa a quem são direcionados (tradução nossa).¹⁰³

Assim, podemos entender que *gênero* é um *símbolo*, uma construção cultural dotada de significados e inteligibilidade na sociedade que o construiu daquela maneira. Seguindo as ideias de Butler e também de West e Zimmermann, gênero é performado, é feito (utiliza-se o símbolo) para alguém (o símbolo é direcionado). O gênero seria então uma relação social dentro da qual indivíduos e grupos atuam.¹⁰⁴

Já sobre a identidade, voltamos aos ensinamentos de Burke e Stets, para quem:

Uma identidade é o conjunto de significados que definem quem se é quando se é um ocupante de um papel particular na sociedade, um membro de um grupo particular, ou reivindica características particulares que o identificam como uma pessoa única (tradução nossa).¹⁰⁵

¹⁰³ “A symbol derives its meaning from social consensus and is arbitrary, varying from one culture to another [...]. Because the meanings of symbols are socially defined, those meanings are shared. Symbols are relative to social groups and language communities in which the same signs are interpreted in the same way by most persons. Symbols thus evoke the same meaning responses in different individuals. Importantly, symbols evoke the same meaning in the person who uses them as in the person to whom they are directed”. BURKE, Peter J.; STETS, Jan E. **Identity Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 11.

¹⁰⁴ CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero**, p. 47.

¹⁰⁵ “An identity is the set of meanings that define who one is when one is an occupant of a particular role in society, a member of a particular group, or claims particular characteristics that identify him

Partilhando desta opinião, Connell entende que “a identidade inclui nossas ideias sobre esse pertencimento e o que este significa, ou seja, que tipo de pessoa somos”.¹⁰⁶

Portanto, sendo gênero um símbolo, um significado comum em uma cultura, indivíduos podem se identificar de acordo com um gênero. Indivíduos podem reivindicar características particulares do gênero, dos gêneros ou, até mesmo, de nenhum dos gêneros.¹⁰⁷

2.1.2 As exceções: sobre as pessoas trans.

Isto posto, voltemos ao proposto inicialmente: o que é uma pessoa trans? Como explicar algo tão amplo quanto todo o *continuum* que envolve as pessoas que se afastam das *normas estritas de gênero* que determinam que o ser-humano do sexo masculino deve ser homem e que o do sexo feminino deve ser mulher? Como denominar todos aqueles que se afastam das normas vigentes de gênero?

Para que possamos explicar o objeto e seu(s) significado(s), primeiramente é preciso definir aqueles cujo gênero se “adequa” ao sexo que lhes foi assinalado ao nascer, aqueles que formam a regra, uma vez que, segundo leciona Louro:

or her as a unique person”. BURKE, Peter J.; STETS, Jan E. **Identity Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 3.

¹⁰⁶ CONNELL, Rawyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 1. ed. São Paulo: Editora nVersos, 2015, p. 38.

¹⁰⁷ Sobre a relação entre símbolos e identidade, importante a lição de Louro: “Uma multiplicidade de sinais, códigos e atitudes produz referências que fazem sentido no interior da cultura e que definem (pelo menos momentaneamente) quem é o sujeito. A marcação pode ser simbólica ou física, pode ser indicada por uma aliança de ouro, por um véu, pela colocação de um piercing, por uma tatuagem, por uma musculação ‘trabalhada’, pela implantação de uma prótese... O que importa é que ela terá, além de efeitos simbólicos, expressão social e material. Ela poderá permitir que o sujeito seja reconhecido como pertencendo a determinada identidade; que seja incluído em ou excluído de determinados espaços; que seja acolhido ou recusado por um grupo; que possa (ou não) usufruir de direitos; que possa (ou não) realizar determinadas funções ou ocupar determinados postos; que tenha deveres ou privilégios; que seja, em síntese, aprovado, tolerado ou rejeitado”. Em: LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 77.

Uma matriz heterossexual delimita os padrões a serem seguidos e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, fornece a pauta para transgressões. É em referência a ela que se fazem não apenas os corpos que se conformam às regras de gênero e sexuais, mas também os corpos que as subvertem.¹⁰⁸

A estes cuja identidade de gênero se adequa ao corpo anatômico, a teoria denomina “cisgêneros”, cujo prefixo *cis* vem do latim e significa “do mesmo lado”, enquanto que *trans* representam o outro lado. Ressalte-se, inclusive, que é preferível utilizar o termo *cisgênero* ao invés de “biologicamente homem/mulher” ou “homem/mulher natural”, uma vez que isso implicaria em uma anormalidade das pessoas trans.¹⁰⁹

Ainda de acordo com Louro, as posições de gênero e de sexualidade não apenas se multiplicaram, mas estão constantemente mudando, atravessando fronteiras ou até mesmo vivendo em fronteiras.¹¹⁰ As posições de gênero são constantemente criadas através da sua performatividade, alterando-se de acordo com a sociedade, tempo e local que habitam. Leciona a autora que:

Nomeados e classificados no interior de uma cultura, os corpos se fazem históricos e situados. Os corpos são ‘datados’, ganham um valor que é sempre transitório e circunstancial. A significação que se lhes atribui é arbitrária, relacional e é, também, disputada. Para construir a materialidade dos corpos e, assim, garantir legitimidade aos sujeitos, normas regulatórias de gênero e de sexualidade precisam ser continuamente reiteradas e refeitos. Essas normas, como quaisquer outras, são invenções sociais. Sendo assim, como acontece com quaisquer outras normas, alguns sujeitos as repetem e reafirmam e outros delas buscam escapar.¹¹¹

Ao se buscar impor determinado comportamento sobre os indivíduos e colocar apenas este único comportamento como *verdadeiro*, abre-se margem para diversas expressões e comportamentos que não se adequam à verdade imposta, ainda que entrem em desacordo nos mínimos detalhes. Ainda, em se tratando o

¹⁰⁸ LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autênciã Editora, 2018, p. 17.

¹⁰⁹ SIMMONS, Holiday; WHITE, Fresh. Our many selves in Trans Bodies, p 3-23. In: ERICKSON-SCHROTH, Laura (ed.). **Trans bodies, trans selves**: A resource for the transgender community. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 6.

¹¹⁰ LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autênciã Editora, 2018, p. 26-27.

¹¹¹ LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autênciã Editora, 2018, p. 82.

gênero de um ato performativo, que precisa ser feito para que exista, o simples *fazer* pode dar possibilidades a novos gêneros, novas formas de expressão.

De acordo com Feinberg, autor (a) que se identifica como não-binário (a), não existe na língua inglesa (idioma utilizado por ele/ela) palavra que defina a totalidade do seu ser, não quando estas palavras se limitam à “menina” e “menino”, “homem” e “mulher”. Tendo sido chamado (a) de “homem-mulher”, “sapatão” (*butch*), *cross-dresser*, *drag king*, Feinberg acredita que a palavra “transgênero” (em inglês, *transgender*) seja a que a melhor defina o seu ser, sendo esta definida como aqueles que cruzam, trespassam ou borram as normas de expressão de gênero que lhe foram assinaladas ao nascer, independente de como ou por quanto tempo. O(a) autor(a) entende, inclusive, que até mesmo *drag queens* e *drag kings* pertencem ao termo “transgênero”, uma vez que não é apenas a roupa em determinado momento que desafia as normas de gênero, mas toda a essência destas pessoas.¹¹²

O termo “transgênero” é igualmente utilizado por Namaste, que o define como

Um termo abrangente que inclui todos os tipos de pessoas que não se encaixam em relações normativas entre sexo e gênero. Isso incluiria, por exemplo, transexuais, *drag queens*, indivíduos intersexuais, *drag kings*, travestis, bem como pessoas que não se identificam com nenhuma das categorias de (sexo) “masculino” ou “feminino” (tradução nossa).¹¹³

Seguindo neste mesmo sentido, mas com uma terminologia diferente, Simmons e White optam pela expressão “pessoas trans” (*trans people*) de modo a absorver todos os que, de alguma maneira, trespassam as normas de gênero cisgêneras. Lecionam os autores:

Como pessoas transgêneras e não-conformes de gênero (ou pessoas trans, abreviadamente), temos muitas maneiras diferentes de entender nossa identidade de gênero - nossa sensação interior de ser homem, mulher,

¹¹² FEINBERG, Leslie. **Transgender warriores**: making history from Joan of Arc to Dennis Rodman. Boston: Beacon Press. 1996. p. 9-11.

¹¹³ “An umbrella term to include all kinds of people who do not fit into normative relations between sex and gender. This would include, for instance, transsexuals, drag queens, intersexed individuals, drag kings, transvestites, as well as people who do not identify with either of the categories of ‘male’ or ‘female’”. NAMASTE, Viviane. **Sex change, social change**: reflections on identity, institutions and imperialism. Toronto: Women’s Press, 2005, p. 1.

ambos ou nenhum dos dois. Alguns de nós nasceram sabendo que algo sobre nós. Outros de nós, lentamente, com o passar do tempo, começaram a sentir que não éramos totalmente nós nos papéis de gênero que nos foram dados. Nossas muitas maneiras diferentes de identificar e descrever-se diferem com base em nossas origens, onde vivemos, com quem passamos tempo e até influências da mídia (tradução nossa).¹¹⁴

O autor cita, ainda, outras expressões que vêm sendo utilizadas, como *trans** (lê-se *trans star*) e *TGNC (Trans and Gender Nonconforming)*. Enquanto outros, prosseguem os autores, preferem ser chamados apenas de “homens” ou de “mulheres”, sendo esta a sua identificação.¹¹⁵

O que fica claro é que todos estes vários termos, transgênero, pessoas trans, *trans**, buscam definir algo que não pode ser definido, pois é da própria essência da categoria quebrar com regras e limitações. Os termos buscam identificar aqueles que transpõem os limites impostos pela heteronormatividade, devendo ser o mais abrangente possível.

Dentre as inúmeras diferenças dentro da categoria, importante ressaltar a das travestis brasileiras, categoria esta muito diferente da sua homônima proposta pela medicina do século XX. Estas, de acordo com Nanda,

Em aparente contradição, no entanto, apesar do desejo de alcançar seios, nádegas e coxas femininos, as travestis não querem se livrar de seus pênis. Na verdade, elas os valorizam e “engasgam de horror” com o pensamento de uma amputação, o que significaria a perda de sua capacidade de ter uma ereção e atingir o orgasmo. Em contraste com os transexuais ocidentais, as travestis acreditam que, embora sejam *como* mulheres, elas não são e nunca poderão *se tornar* mulheres porque o sexo (masculino) nunca pode ser mudado (tradução nossa).¹¹⁶

¹¹⁴ “As transgender and gender nonconforming people (or trans people, for short), we have many different ways of understanding our gender identity—our inner sense of being male, female, both, or neither. Some of us were born knowing that something was different about us. Others of us slowly, over time, began to feel that we were not our full selves in the gender roles we had been given. Our many different ways of identifying and describing ourselves differ based on our backgrounds, where we live, who we spend time with, and even media influences”. SIMMONS, Holiday; WHITE, Fresh. Our many selves in *Trans Bodies*, p 3-23. In: ERICKSON-SCHROTH, Laura (ed.). **Trans bodies, trans selves: A resource for the transgender community**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 4.

¹¹⁵ SIMMONS, Holiday; WHITE, Fresh. Our many selves in *Trans Bodies*, p 3-23. In: ERICKSON-SCHROTH, Laura (ed.). **Trans bodies, trans selves: A resource for the transgender community**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p.5.

¹¹⁶ “In a seeming contradiction, however, in spite of the desire to achieve womanly breasts, buttocks, and thighs, travesties do not wish to get rid of their penises. Indeed, they value them and “gasps in horror” at the thought of an amputation, which would mean the loss of their ability to have an

Para o senso comum, as diferenças entre travesti e transexual, por exemplo, se dão pelo fato de as transexuais atrelarem sua mudança de gênero aos procedimentos de redesignação sexual, enquanto as travestis não abominam os seus órgãos sexuais para alterá-los mediante cirurgia. Outra diferença sustentada pelo senso comum seria a de que as pessoas transexuais se sentem *verdadeiramente pertencentes ao “outro gênero”*, enquanto que as travestis se apresentariam como “mulheres”, mas ainda se sentiam “homens”. Bento refuta ambas as ideias, entendendo que a condição de transitar par além do cisgênero não depende de cirurgia, e que se colocar como “mulher de verdade” e outra como “falsa mulher”, por exemplo, seria algo autoritário, contraditório e errado. Assinala a autora que:

Se a diferença não está fundamentalmente na forma como se vive individualmente o gênero, pois no campo da subjetividade vamos encontrar uma gama de respostas que são articuladas como desdobramentos de vivências pessoais, tampouco se podem ancorar nas performances de gênero esta resposta, pois ambas as experiências identitárias negociam e transitam ordem de gênero, sendo incorreto afirmar que um está mais próxima da ‘mulher de verdade’, pois a própria ‘mulher de verdade’ carece de originalidade.¹¹⁷

Sobre o tema, disserta Barbosa sobre sua pesquisa empírica envolvendo pessoas que se identificavam como transexuais e outras como travestis:

Tenho sinalizado o uso inventivo de associações convencionais entre algumas pessoas autoidentificadas como transexuais que já passaram pela cirurgia de transgenitalização ou pelo diagnóstico médico na construção de uma “feminilidade natural”. Nesse processo, são acionados e associados elementos como; 1. Ter passado pelo crivo médico-psiquiátrico; 2. A afirmação da cirurgia ou o seu desejo; e 3. A diferenciação do que se define como uma artificialidade-travesti. *Estes atos de fala produzem o que é transexual; eles são performativos. Suas afirmações convencionais correspondem a certas expectativas do que seja transexual e produzem*

erection and achieve orgasm. In contrast to Western transsexuals, travestis believe that though they are like women, they are not and can never become women because their (male) sex can never be changed”. NANDA, Serena. Cross-cultural issues, p. 457-486. In: **Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008, p. 464.

¹¹⁷ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 76-77.

exclusões constitutivas nesse processo de performatividade, no qual travestis são geralmente construídas como abjetas (grifo nosso).^{118, 119}

Nesta miríade de possibilidades, importante ressaltar, por exemplo, os/as *hijras* da Índia, cuja existência e gênero apenas fazem sentido quando analisadas no contexto hinduísta-indiano. Os/as *hijras* não se identificam nem como homens e nem como mulheres, mas como um conjunto de ambos os gêneros. Como são castrados/as, através do ritual de *nirvana*, não podem se reproduzir e, portanto, não se adequam ao ideal masculino da sociedade indiana. Também não são mulheres, ainda que performem este gênero. Devotos/as da divindade Bahuchara Mata, são prostitutas/as, mas também receptáculos do divino, sendo sua presença indispensável à felicidade do casamento. Alguns/algumas se identificam como mulheres, outros/as apenas como *hijras*.¹²⁰

Há que se falar, ainda, das identidades não-binárias, *genderqueer* ou *gender fluid*, *genderneutral*. De acordo com Simmons e White, há indivíduos que não se identificam com os binários de gênero, em que somente se pode ser “homem” ou “mulher”. As identidades não-binárias não se adequam a tais normas, mas sim sobre todo o espectro de gênero. Assinam os autores que:

Podemos nos identificar como gênero variante, *genderqueer*, pangênero ou gênero fluído, termos usados por aqueles de nós que sentem que somos homens e mulheres; nem homens, nem mulheres; entre gêneros; em um *continuum* ou fora do sistema binário de gênero. Podemos nos considerar andróginos, tendo características masculinas e femininas, ou estar em algum ponto intermediário. Podemos não sentir que temos um gênero ou

¹¹⁸ BARBOSA, Bruno Cesar. Doidas e putas: usos das categorias travesti e transexual, p. 352-379. **Sexualidad, Salud y Sociedad** – Revista Latinoamericana. Rio de Janeiro, n. 14, 2013, p. 366-367.

¹¹⁹ Além das características objetivas, o autor também aponta outros critérios utilizados na diferenciação: “Articulam-se nessas situações as performances orais (enunciação das categorias) às performances corporais mais amplas na construção e no gerenciamento de expectativas em relação às categorias travesti e transexual. Além da expressão dos elementos relacionados a gênero e sexualidade já discutidos, são acionadas convenções vinculadas a: 1. estilos corporais ligados à classe, como nos exemplos acerca da fala com erros de português, vestimentas e refinamento do comportamento; 2. estilos corporais relacionados à geração, como as formas conseguidas pelo uso de silicone industrial ou próteses cirúrgicas; 3. associações convencionais que articulam elementos de cor/raça à classe, como as convenções que correspondem cor de pele com estilos de classes”. BARBOSA, Bruno Cesar. Doidas e putas: usos das categorias travesti e transexual, p. 352-379. **Sexualidad, Salud y Sociedad** – Revista Latinoamericana. Rio de Janeiro, n. 14, 2013, p. 375.

¹²⁰ NANDA, Serena. Cross-cultural issues, p. 457-486. In: **Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008, 461-462.

que queremos escolher um gênero e podemos nos definir como agêneros ou neutros (tradução nossa).¹²¹

O gênero, inclusive, pode ser um ponto relevante para aqueles que se identificam como cisgêneros. *Drag queens* e *drag kings*, que podem ser cisgêneros ou trans, utilizam o gênero como uma expressão artística, performando um gênero (ou o que entendem por aquele gênero) em um momento limitado e com o fim artístico.¹²²

Buscando escapar das ideias que a palavra “gênero” e a palavra “identidade” podem nos levar (ideias estas que seriam limitadas), por razões metodológicas e, também, por acreditarmos que o um termo mais abrangente seria também o mais respeitoso, sem deslegitimar qualquer das identidades existentes e ainda a existirem, este trabalho irá se utilizar, tal como Simmons, da expressão “pessoas trans” para se referir à todos aqueles que são vistos como exceções às regras impostas sobre os corpos pelo regime heteronormativo, qual seja, as regras da cisgeneridade.

2.2 OS CORPOS DA IDEOLOGIA DE GÊNERO: A PRECARIEDADE DAS VIDAS DAS PESSOAS TRANS E A HETERONORMATIVIDADE DO ESTADO.

2.2.1 A precariedade e a abjeção.

“Fiquei muito desesperada. Chorando e perguntado para Deus o que tinha acontecido. O que foi que esse *menino* (*sic*) fez meu Deus? Fiquei assim feito uma maluca sem saber acreditar. Se houve briga ou não”. Esse é o relato de Francisca

¹²¹ “We may identify as gender variant, genderqueer, pangender, or gender fluid, terms used by those of us who feel we are both male and female, neither male nor female, in between genders, on a continuum, or outside the binary gender system altogether. We may consider ourselves androgynous, having both male and female characteristics, or being somewhere in between. We may not feel we have a gender or that we want to choose a gender, and may define ourselves as nongendered or genderneutral”. SIMMONS, Holiday; WHITE, Fresh. Our many selves in Trans Bodies, p 3-23. In: ERICKSON-SCHROTH, Laura (ed.). **Trans bodies, trans selves**: A resource for the transgender community. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 13.

¹²² SIMMONS, Holiday; WHITE, Fresh. Our many selves in Trans Bodies, p 3-23. In: ERICKSON-SCHROTH, Laura (ed.). **Trans bodies, trans selves**: A resource for the transgender community. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 14-15.

Ferreira, mãe de Dandara Kettlyn de Velasques. O nome de Dandara foi parar nos noticiários em 2017, quando um vídeo do seu brutal assassinato foi divulgado nas redes sociais.¹²³

Dandara, então com 42 anos, foi covardemente agredida e humilhada, por chutes e pauladas, por vários agressores, que então a colocaram em um carrinho de mão e a levaram para uma rua deserta, onde foi executada. À exceção de dois dos agressores que ainda estão foragidos, todos foram condenados.¹²⁴

Contudo, de acordo com a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Ceará, o assassinato de Dandara não possui qualquer ligação com o fato de ela ser uma pessoa trans. Segundo notícia veiculada no jornal “O Povo”,

Para a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) do Ceará, entretanto, Dandara foi morta por motivos alheios à condição de travesti. "Nos procedimentos formalizados nos inquéritos policiais da Capital e Região Metropolitana, no ano de 2017 não houve a identificação de nenhum crime ligado à homofobia", garante a delegada Adriana Arruda, coordenadora da Comissão de Estudo do Perfil das Vítimas de Crimes Violentos Letais e Intencionais da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS).¹²⁵

A história de Dandara, infelizmente, é também a história de muitas pessoas trans no Brasil. Desprovidas de assistência, de apoio por parte do Estado, por parte da família, das instituições como um todo, muitas acabam como corpos expostos nas ruas, seja na prostituição, seja como cadáveres.

No derradeiro capítulo de *A História da Sexualidade I*, Foucault nos apresenta suas considerações sobre “Direito de morte e poder sobre a vida”. De acordo com o filósofo francês, o antigo soberano somente podia exercer seu poder sobre a vida do

¹²³ “Travesti Dandara foi apedrejada e morta a tiros no Ceará, diz secretário”. **G1**. Fortaleza, 07 de março de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/apos-agressao-dandara-foi-morta-com-tiro-diz-secretario-andre-costa.html>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹²⁴ MELO, Ranniery. “Sexto acusado pela morte da travesti Dandara dos Santos recebe pena de 16 anos de prisão”. **G1**. Fortaleza, 23 de outubro de 2018. Disponível em <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2018/10/23/sexta-acusado-pela-morte-da-travesti-dandara-dos-santos-recebe-pena-de-16-anos-de-prisao.ghtml>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹²⁵ PAIVA, Thiago; SANTANA, Jáder. “SSPDS conclui que não houve nenhuma morte por homofobia em Fortaleza em 2017”. **O Povo**. Disponível em <<https://www.opovo.com.br/jornal/reportagem/2018/11/sspds-conclui-que-nao-houve-nenhuma-morte-por-homofobia-em-fortaleza.html>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

súdito ao exercer seu direito de mata-lo, “o direito de causar a morte ou de deixar viver”.¹²⁶

Tal poder se alterou e, de certa forma, também se multiplicou, não sendo mais um poder de exigir a morte daquele que vive, mas de controlar como se vive, de se fazer viver. Disserta Foucault:

Mas esse formidável poder de morte — e talvez seja o que lhe empresta uma parte da força e do cinismo com que levou tão longe seus próprios limites — apresenta-se agora como o complemento de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto.¹²⁷

Essa nova dimensão do poder, agora não mais focado sobre a morte, mas sobre a vida, desenvolveu-se através de um interesse do Estado sobre os corpos que o habitavam, primeiramente através da ideia do corpo como máquina a trabalhar para o Estado e, posteriormente, do corpo como meio essencial à reprodução e produção de mais corpos.¹²⁸ Leciona o autor que:

A velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida. Desenvolvimento rápido, no decorrer da época clássica, das disciplinas diversas — escolas, colégios, casernas, ateliês; aparecimento, também, no terreno das práticas políticas e observações econômicas, dos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração; explosão, portanto, de técnicas diversas e numerosas para obterem a sujeição dos corpos e o controle das populações.¹²⁹

¹²⁶ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*, p. 128.

¹²⁷ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*, p. 128-129.

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*, p. 131.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*, p.131.

Trata-se, segundo Foucault, de um *biopoder*, um poder que se movimenta no sentido de deixar determinadas populações viverem mais e melhor, um poder em que “os processos da vida são levados em conta por procedimentos de poder e de saber que tentam controlá-los e modificá-los”.¹³⁰ Assevera o filósofo francês que:

Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder. Este não estará mais somente a voltas com sujeitos de direito sobre os quais seu último acesso é a morte, porém com seres vivos, e o império que poderá exercer sobre eles deverá situar-se no nível da própria vida; é o fato do poder encarregar-se da vida, mais do que a ameaça da morte, que lhe dá acesso ao corpo.¹³¹

O Estado torna-se biopolítico, a vida das pessoas passa a ser interesse da política, do poder. Importa a ele, agora, o como se vive, quanto se vive, o porquê se vive. O Estado biopolítico não é, necessariamente, um Estado que mata, mas um que se importa mais com as vidas de uns do que com as vidas de outros, porque possui interesse apenas em determinadas vidas. Facilita-se e promove-se a vida de uns, enquanto outros são simplesmente ignorados.

Sobre o biopoder, leciona Mbembe que:

Na formulação de Foucault, o biopoder parece trabalhar segregando as pessoas que devem morrer daquelas que devem viver. Uma vez que opera com base na divisão entre os vivos e os mortos, esse poder é definido em relação ao campo biológico, do qual ele assume o controle e no qual está inscrito. Esse controle pressupõe a distribuição da espécie humana em diferentes grupos, a subdivisão da população em subgrupos e o estabelecimento de uma ruptura biológica entre eles (tradução nossa).¹³²

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*, p.133.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir*, p.133.

¹³² “En la formulación de Foucault, el biopoder parece funcionar segregando a las personas que deben morir de aquellas que deben vivir. Dado que opera sobre la base de una división entre los vivos y los muertos, este poder se define en relación al campo biológico, del cual toma el control y en cual se inscribe. Este control presupone la distribución de la especie humana en diferentes grupos, la subdivisión de la población en subgrupos, y el establecimiento de una ruptura biológica

Para o filósofo camaronês, o racismo é uma das formas atuais em que o biopoder se apresenta de maneira clara, tendo como função “regular a distribuição da morte e possibilitar as funções mortais do Estado (tradução nossa)”.¹³³

Para Mbembe, contudo, a noção de biopolítica e biopoder, de se fazer viver, não é o suficiente para definir a relação entre o Estado e os corpos hoje, apresentando, então, uma noção de *necropolítica*, ou seja, um fazer morrer. Segundo o autor, criou-se *mundos da morte*, uma forma de existência social em que os indivíduos vivem em um estado de mortos-vivos, uma mera existência, não lhes permitindo uma vida que possa ser vivida ou mereça ser vivida.¹³⁴

Pela necropolítica, o Estado decide não apenas quem pode viver, mas também quem deve morrer.¹³⁵ Não é mais um Estado que promove a vida de uns e ignora a de outros, mas um que promove a morte de uma determinada parcela da população. Ainda, a morte do outro permite a sobrevivência do indivíduo escolhido. Mata-se o que se considera *abjeto* para permitir a própria existência:

De um modo mais radical, o horror experimentado durante a visão da morte se transforma em satisfação quando ocorre ao outro. É a morte do outro, sua presença na forma de um cadáver, que faz com que o sobrevivente se sinta único. E cada inimigo abatido aumenta a sensação de segurança do sobrevivente (tradução nossa).¹³⁶

Esposito, em igual sentido, sustenta também que o biopoder pode tornar-se, quando levado ao seu máximo, um tanatopoder. Ou seja, tornou-se um *poder sobre a vida através da morte*. Tal como Mbembe, ele cita o exemplo do racismo como uma prática de bio-tanatopoder:

entre unos y otros.”. MBEMBE, Josef Achille. **Necropolítica**. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2011, p. 21-22.

¹³³ “Regular la distribución de la muerte y en hacer posibles las funciones mortíferas del Estado”. MBEMBE, Josef Achille. **Necropolítica**. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2011, p. 23.

¹³⁴ MBEMBE, Josef Achille. **Necropolítica**. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2011, p. 75.

¹³⁵ MBEMBE, Josef Achille. **Necropolítica**. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2011, p. 19-20.

¹³⁶ “De forma todavía mas radical, el horror experimentado durante la vision de la muerte se torna en satisfaccion cuando le ocurre a otro. Es la muerte del otro, su presencia en forma de cadaver, lo que hace que el superviviente se sienta unico. Y cada enemigo masacrado aumenta el sentimiento de seguridad del superviviente”. MBEMBE, Josef Achille. **Necropolítica**. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2011, p. 66

Uma vez que o racismo foi inscrito nas práticas da biopolítica, desempenha uma dupla função: a produção de uma separação dentro do continuum biológico entre aqueles que precisam permanecer vivos e aqueles, inversamente, que devem ser mortos; e essa função mais essencial de estabelecer uma relação direta entre as duas condições, no sentido de que são precisamente as mortes dos últimos que permitem e autorizam a sobrevivência dos primeiros (tradução nossa).¹³⁷

Tanto Mbembe quanto Esposito destacam como ao biopoder importa distinguir aqueles que devem viver daqueles que devem morrer. Esta é, afinal, uma das preocupações do biopoder, escolher quais dos corpos ali devem viver, procriar e continuar vivendo e quais não merecem a vida. A criação da pessoa humana dotada de *humanidade* exige que se crie uma pessoa humana que não é dotada de *humanidade*, um humano que não é reconhecido como tão humano pelo resto da sociedade:

Os termos pelos quais somos reconhecidos como humanos são socialmente articulados e alterados. Às vezes, os próprios termos que conferem "humanidade" a alguns indivíduos são aqueles que privam outros indivíduos da possibilidade de alcançar esse status, produzindo um diferencial entre o *humano* e o *menos-que-humano*. Essas normas têm consequências de longo alcance para como entendemos o modelo do humano destinatário de direitos ou incluídos na esfera participativa da deliberação política. O humano é entendido diferentemente dependendo de sua raça, a legibilidade daquela raça, sua morfologia, o reconhecimento daquela morfologia, seu sexo, a verificabilidade perceptual desse sexo, sua etnia, a compreensão categórica dessa etnia. Certos humanos são reconhecidos como menos que humanos, e essa forma de reconhecimento qualificado não leva a uma vida viável. Certos humanos não são reconhecidos como humanos, e isso leva a outra ordem de vida inabitável (*grifo nosso*) (tradução nossa).¹³⁸

¹³⁷ "Once racism has been inscribed in the practices of biopolitics, it performs a double function: that of producing a separation within the biological continuum between those that need to remain alive and those, conversely, who are to be killed; and that more essential function of establishing a direct relation between the two conditions, in the sense that it is precisely the deaths of the later that enable and authorize the survival of the former". ESPOSITO, Roberto. **Bíos: Biopolitics and philosophy**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2008, p. 110.

¹³⁸ "The terms by which we are recognized as human are socially articulated and changeable. And sometimes the very terms that confer 'humanness' on some individuals are those that deprive certain other individuals of the possibility of achieving that status, producing a differential between the human and the less-than-human. These norms have far-reaching consequences for how we understand the model of the human entitled to rights or included in the participatory sphere of political deliberation. The human is understood differentially depending on its race, the legibility of that race, its morphology, the recognizability of that morphology, its sex, the perceptual verifiability of that sex, its ethnicity, the categorical understanding of that ethnicity. Certain humans are recognized as less than human, and that form of qualified recognition does not lead to a viable life.

A humanidade do outro depende do reconhecimento por parte dos demais membros da sociedade. Por razões de raça, sexo ou qualquer característica que demonstre “diferenças”, o tratamento e a própria humanidade da pessoa pode não existir. O reconhecimento é um instrumento de poder, pois é o reconhecimento que nos coloca na categoria de *humanos* ou de *inumanos*. Se não existe reconhecimento, normas que reconheçam o indivíduo, então este indivíduo é ininteligível e incapaz de persistir, de viver.¹³⁹

Há, portanto, indivíduos que não merecem uma vida possível de ser vivida ou, então, sequer merecem qualquer tipo de vida. A estes que não merecem a vida, Butler optou por chamar de *abjetos*. Sobre o tema, disserta a autora que:

Esta matriz de exclusão em que os sujeitos são formados requer, então, a produção simultânea de um domínio de seres abjetos, aqueles que ainda não são “sujeitos”, mas que formam o exterior constitutivo do domínio do sujeito. O abjeto designa aqui, precisamente, aquelas zonas inabitáveis e impossíveis de serem vividas da vida social, que, não obstante, são densamente povoadas por aqueles que não gozam do estatuto do sujeito, mas cuja vivência sob o “inabitável” é necessária para circunscrever a domínio do sujeito. Esta zona de inabitabilidade constituirá o limite definidor do domínio do sujeito; constituirá o temido local de identificação contra o qual, e em virtude do qual, o domínio do sujeito vai circunscrever sua própria reivindicação à autonomia e à vida. Neste sentido, então, o sujeito é constituído através da força da exclusão e da abjeção, qual produz um exterior constitutivo ao assunto, um exterior abjeto, que é, afinal de contas, está “dentro” do sujeito como a sua própria fundação (tradução nossa)¹⁴⁰.

Certain humans are not recognized as human at all, and that leads to yet another order of unlivable life”. BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004. p. 2.

¹³⁹ BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004. p. 31.

¹⁴⁰ “This exclusionary matrix by which subjects are formed thus requires the simultaneous production of a domain of abject beings, those who are not yet “subjects,” but who form the constitutive outside to the domain of the subject. The abject designates here precisely those “unlivable” and “uninhabitable” zones of social life which are nevertheless densely populated by those who do not enjoy the status of the subject, but whose living under the sign of the “unlivable” is required to circumscribe the domain of the subject. This zone of uninhabitability will constitute the defining limit of the subject’s domain; it will constitute that site of dreaded identification against which—and by virtue of which—the domain of the subject will circumscribe its own claim to autonomy and to life. In this sense, then, the subject is constituted through the force of exclusion and abjection, one which produces a constitutive outside to the subject, an abjected outside, which is, after all, “inside” the subject as its own founding repudiation”. BUTLER, Judith. **Bodies that matter: on the discursive limits of ‘sex’** New York: Routledge, 2011, p. 13.

Logo, a zona dos abjetos delimita a zona dos sujeitos. A existência de seres abjetos delimita a existência dos sujeitos. A existência de pessoas trans delimita, portanto, a existência das pessoas cis. O imperativo da heteronormatividade, este entendido como o imperativo da heterossexualidade, exige que se crie corpos abjetos, que não são sujeitos.

Esta exigência de que se crie corpos abjetos, contudo, não se traduz em uma exigência para que os indivíduos se identifiquem com o abjeto. Ao contrário do que se esperaria, a heteronormatividade, que depende da existência dos abjetos, determina que os corpos não se identifiquem com aqueles que fogem ao seu espectro. Indivíduos do sexo masculino serão homens heterossexuais; indivíduos do sexo feminino serão mulheres heterossexuais. Esta é a regra, e aqueles que dela desviam estão, portanto, violando a regra e por esta razão devem ser punidos¹⁴¹.

A heteronormatividade se dá através de uma identificação com os abjetos, mas uma identificação em que se rejeita e se abomina a existência do abjeto¹⁴².
Leciona Louro que:

A concepção do binário do sexo, tomado como um “dado” que independe da cultura, impõe, portanto, limites à concepção de gênero e torna a heterossexualidade o destino inexorável, a forma compulsória de sexualidade. As discontinuidades, transgressões e subversões que essas três categorias (sexo-gênero-sexualidade) podem experimentar são empurradas para o terreno do incompreensível ou do patológico. Para garantir a coerência, a solidez e a permanência da norma são realizados investimentos – continuados, reiterativos, repetidos. Investimentos produzidos a partir de múltiplas instâncias sociais e culturais: postos em ação pelas famílias, pelas escolas, pelas igrejas, pelas leis, pela mídia ou pelos médicos com o propósito de afirmar e reafirmar as normas que regulam os gêneros e as sexualidades. As normas regulatórias voltam-se para os corpos para indicar-lhes limites de sanidade, legitimidade, moralidade ou coerência. Daí porque aqueles que escapam ou atravessam esses limites ficam marcados como corpos – e sujeitos – ilegítimos, imorais ou patológicos.¹⁴³

¹⁴¹ BUTLER, Judith. **Bodies that matter**: on the discursive limits of ‘sex’ New York: Routledge, 2011, p.73.

¹⁴² BUTLER, Judith. **Bodies that matter**: on the discursive limits of ‘sex’ New York: Routledge, 2011, p. 74.

¹⁴³ LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 75-76.

E também Bento, para quem as vítimas, os abjetos, são forçadamente desprovidos de qualquer humanidade, afastando-os do reconhecimento e dos direitos que dele advém.¹⁴⁴

Os que desafiam a heteronormatividade se destacam na sociedade, pois colocam em xeque a ideia de que o gênero é algo natural e fundamentado na biologia. Sua mera existência, ainda que necessária à formação do sujeito heteronormativo/cisgênero, é capaz de minar as bases sobre as quais o imperativo da heteronormatividade foi construído, fazendo com que a sua presença, sua existência, seja quase que um insulto ao mundo como conhecem e entendem. Pessoas trans, homossexuais, bissexuais e intersexuais desafiam o próprio fundamento de “homem” e “mulher”, antes tido como algo inabalável e naturalmente verdadeiro.

Essa rejeição ao abjeto, a desumanização do abjeto, leva à violência. Esta violência, por sua vez, tem como objetivo demonstrar aos abjetos que é isto que eles são e sempre serão perante a sociedade: humanos desprovidos de qualquer humanidade, desprovidos de reconhecimento, inumanos em todos os sentidos. A própria violência contra estes, por vezes, sequer é reconhecida como violência, sequer é notada, analisada ou categorizada.¹⁴⁵ Sobre o tema, lecionam Smith e Santos:

No entanto, como herança das práticas sexuais do patriarcado, percebe-se que estigmas e por consequência atos de violência baseados no gênero (das mais variadas formas), tornaram-se constitutivos de nossa sociedade e das relações sexuais e de gênero estabelecidas entre nós. Isso porque, ainda temos dificuldade para reconhecer e entender algumas performances que contrariam o modelo hegemônico, embaralhando os códigos e discursos produzidos nas zonas de conhecimento e, também de reconhecimento das identidades construídas a partir do gênero. São forças de/em germinação de novos usos possíveis da sexualidade. Para se aproximar e reconhecer essas identidades é necessário certo desnudamento que permita entrever os fluxos que essas performances baseadas no gênero arrastam consigo.¹⁴⁶

¹⁴⁴ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 164-165.

¹⁴⁵ BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004, p. 25.

¹⁴⁶ SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira; e SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos. Corpos, identidades e violência: o gênero e os direitos humanos. **Revista Direito e Práxis**, 8(2), 2017, p. 1083-1112. p. 1095.

Afinal, o que resta àqueles que fogem à norma? Que escapam da heteronormatividade e se tornam abjetos? Que não se adequam às normas de gênero estabelecidas para os corpos? A humanidade destes não é reconhecida, não é digna de proteção, de respeito, de empatia. Tornam-se alvo de violência, de violações, de agressões e assassinatos. Viver fora da norma é “cortejar a morte”, é escapar da própria noção do humano e, portanto, estar sujeito aos mais diversos abusos.¹⁴⁷ Leciona Miskolci que:

O abjeto é algo pelo que alguém sente horror ou repulsa como se fosse poluidor ou impuro, a ponto de ser o contato com isso temido como contaminador e nauseante. Acho que isso ajuda a entender de onde brota a violência de um xingamento, de uma injúria. Quando alguém xingar outro de algo, por exemplo, quando chama essa pessoa de ‘sapatão’ ou ‘bicha’, não está apenas dando um ‘nome’ para esse outro, está julgando essa pessoa e a classificando como objeto de nojo. A injúria classifica alguém como ‘poluidora’, como alguém de quem você quer distância por temer ser contaminado.^{148, 149}

Nota-se, assim, que os abjetos existem para serem odiados e repudiados. A razão de existir a categoria do abjeto é para ser repudiado e, assim, criar o sujeito, que tem sua existência reconhecida, ao passo que aqueles que se encontram fora da norma não possuem esse reconhecimento.¹⁵⁰

Para Butler, a existência de corpos que violam o a ordem imposta ou, então, não pertencem a esta, causam indignação e, mais do que isso, causam a ideia de

¹⁴⁷ BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004, p. 34.

¹⁴⁸ MISKOLCI, Richard. **Teoria queer: um aprendizado pelas diferenças**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 44.

¹⁴⁹ Importante destacar aqui a lição de Gomes, para quem a violência tem como objetivo manter o abjeto longe da categoria de humano e humanidade: “Quando percebemos que a articulação humano/não humano está no centro da norma e que esta funciona como desumanização, atribuindo a algumas pessoas apenas corporalidade, identificando-os apenas como corpos – objeto, alvo, instrumento –, essa norma funciona agindo tanto como como punição contra um ‘desviante’, mas também contra os sujeitos racializados que ocupam o espaço branco: o desviante da raça é também, muitas vezes, não o que foge à norma, mas o que tenta ocupá-la. Para continuar produzindo este ‘não humano’ contra o qual o sistema age sem que o diga violento ou o legitimando, o ideal do castigo não existe como referência para a qual se quer trazer todo ‘desviante’ na punição como disciplina, nem se quer punir o desviante como correção para cumprimento do ideal. O castigo serve a manter seus destinatários a esse lugar apenas de corpo destituído de humanidade”. GOMES, Camilla Magalhães. Os sujeitos do performativo jurídico: relendo a dignidade da pessoa humana nos marcos de gênero e raça. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 10, n. 2, 2019, p. 871-905. p. 892.

¹⁵⁰ BUTLER, Judith. **Bodies that matter: on the discursive limits of ‘sex’**. New York: Routledge, 2011, p. 13.

que a própria ordem e o “eu” do agressor estão em perigo frente àquele que desafia as normas impostas. A agressão àquele corpo desafiador é uma tentativa desesperada de reestabelecer a ordem, de reestabelecer o mundo como este “deve” ser. Neste sentido, leciona a filósofa que:

Essa violência emerge de um profundo desejo de manter a ordem binária do gênero, para fazer dele uma estrutura, natural ou cultural, ou ambas, que não pode ser humana, e ainda permanecer humana. Se uma pessoa se opõe às normas de gênero, não apenas ao ter um ponto de vista crítico a elas, mas incorporando normas de forma crítica, em que a oposição estilizada é legível, então parece que a violência surge precisamente como a resposta para desfazer essa legibilidade, questionar sua possibilidade, para torná-lo irreal e impossível em face de sua aparência em contrário. Não é, portanto, apenas uma diferença de pontos de vista. Contrapor essa oposição incorporada pela violência é dizer, efetivamente, que esse corpo, *esse desafio à visão normativa do mundo é e será impensável*. O esforço para impor as fronteiras do que será considerado como real requer a paralisação do que é contingente, frágil, aberto à transformações fundamentais na ordem de gênero das coisas (*grifo nosso*) (tradução nossa).¹⁵¹

Para Louro, os que atravessam as fronteiras estritas de gênero e sexualidade são vistos como desviantes, como infratores cuja mera existência deve ser alvo de penalidades ou, então, se restringirem aos seus guetos, às margens da sociedade.¹⁵²

O corpo da pessoa trans, a mera existência da pessoa trans, desafia as normas binárias heteronormativas, cisgêneras, e esse desafio não pode ser aceito, sob o risco de que o próprio mundo hetero-cisnormativo entre em colapso. No que pese o abjeto ser essencial ao sujeito, pois delimita este, a sua existência deve ser

¹⁵¹ “This violence emerges from a profound desire to keep the order of binary gender natural or necessary, to make of it a structure, either natural or cultural, or both, that no human can oppose, and still remain human. If a person opposes norms of binary gender not just by having a critical point of view about them, but by incorporating norms critically, and that stylized opposition is legible, then it seems that violence emerges precisely as the demand to undo that legibility, to question its possibility, to render it unreal and impos- sible in the face of its appearance to the contrary. This is, then, no simple difference in points of view. To counter that embodied opposition by violence is to say, effectively, that this body, this challenge to an accepted version of the world is and shall be unthinkable. The effort to enforce the boundaries of what will be regarded as real requires stalling what is contingent, frail, open to fundamental transformation in the gendered order of things”. BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004, p. 35.

¹⁵² LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 80-81.

reprimida com veemência. Utiliza-se da violência para barrar o elemento transgressor das normas de gênero. Sobre o tema, aduz Miskolci:

Essas violências são expressão do heterossexismo, da forma como somos socializados dentro de um regime de terrorismo cultural. Uso esse termo forte, 'terrorismo cultural', para ressaltar que se trata de algo coletivamente imposto e experienciado; sobretudo, algo que vai além de atos isolados de violência. Em uma perspectiva sociológica, há uma lógica de imposição de normas por trás de uma forma de violência sempre à espreita, pois quando sabemos que ela pode acontecer, mas não quando nem de onde ela virá, aprendemos a nos comportar de forma segura, ou seja, de uma forma que nos coloque ao abrigo de suas manifestações.

[...]

*Atos isolados de violência emergem quando formas anteriores, invisíveis de violência, se revelaram ineficientes na imposição de normas ou convenções culturais. [...] A recusa violenta de formas de expressão de gênero ou sexualidade em desacordo com o padrão é antecedida e até apoiada por um processo educativo heterossexista, ou seja, por um currículo oculto comprometido com a imposição da heterossexualidade compulsória (grifo nosso).*¹⁵³

Se o gênero é uma norma, a sua violação implica uma punição, de modo que outras pessoas não transgridam e que o próprio indivíduo que violou a norma seja alvo de uma repressão pelo seu comportamento, pelo seu ato. Suas identidades de gênero são patologizadas, suas vidas não são vistas como vidas e seus anseios são menosprezados. Se o indivíduo pertence ao domínio da abjeção, é lá que deve ficar.¹⁵⁴

Ao delimitar o alcance da ideia de *violência* em seus estudos, Namaste busca defini-la como uma variedade de atos e atitudes, que variam de insultos verbais à intimidação e ameaças de violência física. Já Nicholas e Agius, em seu estudo sobre gênero e violência (especificamente, a violência do homem contra a mulher), entendem a *violência* como algo amplo, que vai além da agressão física individual e intencional. Para, violência envolve a violência estrutural, a violência epistêmica, violência discursiva, microagressões e violência simbólica. Tal amplitude é

¹⁵³ MISKOLCI, Richard. **Teoria queer**: um aprendizado pelas diferenças. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 34-35.

¹⁵⁴ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 163-164.

necessária pois ao se tratar das violências originadas nas normativas de gênero, muitas se dão de maneira dissimulada, invisível.¹⁵⁵

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entende que a violência contra indivíduos LGBTI+ se baseia no preconceito e pode ser considerado um crime de ódio, este entendido como um crime que se baseia na rejeição, intolerância, ódio ou discriminação a um determinado grupo social. Por ser baseada no preconceito, por ser um *crime de ódio*, o órgão entende que se trata de um fenômeno social, que exige um determinado contexto e até mesmo cumplicidade por parte da sociedade.^{156, 157} A Comissão assinala que:

Neste relatório, a Comissão irá entender a violência contra pessoas LGBT como uma violência socialmente contextualizada, na qual a motivação dos perpetradores precisa ser entendida como complexa e multifacetada, e não apenas individual ou como um ato isolado. Nesse sentido, a CIDH entende que os atos de violência contra pessoas LGBT, comumente referidos como crimes de ódio (também conhecidos como crimes de preconceito, atos homofóbicos ou transfóbicos), são melhor compreendidos sob o conceito de violência baseada no preconceito em direção às sexualidades e identidades não normativas. Da mesma forma, a CIDH considera a violência contra as pessoas intersexo como uma violência baseada no preconceito em relação à diversidade corporal e, mais especificamente, em relação a pessoas cujos corpos são diferentes dos padrões para corpos masculinos e femininos (tradução nossa).¹⁵⁸

¹⁵⁵ NICHOLAS, Lucy; AGIUS, Christine. **The persistence of global masculinism: discourse, gender and neo-colonial re-articulations of violence**. London: Palgrave Macmillan, 2018, p. 16-18.

¹⁵⁶ Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 41-44.

¹⁵⁷ Em relatório sobre a violência contra indivíduos que fogem à heteronormatividade emitido em 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entendeu que a violência contra estes é baseada “no desejo do perpetrador de ‘punir’ aqueles cujas identidades, expressões, comportamentos ou corpos fogem às normas e papéis tradicionais de gênero, ou vão contra o sistema binário de masculino/feminino”. O relatório reconhece, inclusive, a violência estrutural contra a comunidade lésbica, gay, bissexual, transgênera, queer e demais (LGBTI+), esta praticada pelo próprio Estado e pelo conglomerado médico. Em: Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 33-34.

¹⁵⁸ “In this Report, the Commission will focus on violence against LGBT persons as a contextualized social violence in which the perpetrators’ motivation needs to be understood as complex and multifaceted, and not only as an individual or as an isolated act. In this sense, the IACHR understands that acts of violence against LGBT persons, commonly referred to as hate crimes (also referred to as bias crimes, homophobic or transphobic acts), are best understood under the concept of violence based on prejudice motivated by the perception towards non-normative sexualities and identities. Similarly, the IACHR considers violence against intersex persons as violence based on prejudice towards bodily diversity, and more specifically towards persons whose bodies are different from the standard for male and female bodies”. Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 44.

Já Valentine, em seu estudo etnográfico da violência contra pessoas trans na cidade de Nova Iorque, aponta que a definição e delimitação de um conceito estrito de violência é difícil, senão impossível, pois ao mesmo tempo que parece algo óbvio, também depende de como suas vítimas a definem e sentem.¹⁵⁹ Baseando-se na realidade que experienciou em seus estudos, Valentine, então, define violência no “mais evidente e menos teórico sentido”: as mortes, agressões e humilhações experienciadas pelos participantes do estudo.¹⁶⁰ Prossegue o autor

Argumentei que a violência, a dor e o sofrimento não são fatos simples nem pré-culturais – são produzidos e absorvidos pelas complexidades da experiência cotidiana, dados significados, discutidos, montados como pretensões e profundamente sentidos. Para que a violência seja entendida como violência, uma história deve ser contada sobre isso, o horror revivido, mas também reordenado e dado forma narrativa a cada revelação. Além disso, para que essa violência seja abordada, ela deve ser moldada quanto ao que faz sentido em termos de uma categoria de identificação social, uma categoria que requer que a complexidade da violência e suas múltiplas lógicas estruturais sejam suavizadas (tradução nossa).¹⁶¹

Assim, tal como Valentine, nos utilizaremos de violência em um sentido amplo e fático, ao invés de uma estreita construção teórica: dos corpos trans violados e agredidos nas ruas aos entraves causados pelo Estado; dos xingamentos nas escolas ao alarmante número de pessoas trans na prostituição. Ainda que não definam ou façam parte da identidade de gênero trans, são violências que, infelizmente, inundam a realidade das pessoas trans no Brasil, colocando suas

¹⁵⁹ “These authors themselves find it difficult to define what violence is: on the one hand it is sensual and obvious; on the other, it depends on its definition and narration by its victims to become real as violence”. VALENTINE, David. **Imagining transgender: an ethnography of a category**. Durham: Duke University Press, 2007, p. 210.

¹⁶⁰ “My use of “violence” in this chapter is thus uncomfortably situated (as is my use of “critical” and “transgender”): I am using it in its most evident, least theorized sense, to refer to the mind-numbing, monthly reports I receive of another decomposed body unearthed, another study participant or friend dead, another story of a thrown bottle or a catcall”. VALENTINE, David. **Imagining transgender: an ethnography of a category**. Durham: Duke University Press, 2007, p. 211.

¹⁶¹ “I have argued here that violence, pain, and suffering are neither simple nor precultural facts—they are produced through and drawn into the complexities of daily experience, given meaning, talked about, mounted as claims, and deeply felt. For violence to be understood as violence, a story must be told about it, the horror relived but also re-ordered and given narrative form with each telling. Moreover, in addressing that violence, it must be shaped as violence which makes sense in terms of a category of social identification, a category which in turn requires the complexity of violence and its multiple structural logics to be smoothed over.” VALENTINE, David. **Imagining transgender: an ethnography of a category**. Durham: Duke University Press, 2007, p. 228.

expectativas de vida no patamar dos 35 (trinta e cinco) anos. Sobre o tema, leciona Bento que:

São múltiplas as violências cometidas contra as pessoas transexuais. A patologização da experiência talvez seja a mais cruel, pois irradia a convicção de que são pessoas inferiores. Cruzar os limites dos gêneros é colocar-se em uma posição de risco. Quando se afirma que existe uma norma de gênero, deve-se pensar em regras, leis, interdições e punições. São corriqueiras as notícias de pessoas transexuais e travestis assassinadas no Brasil sem que haja apuração e a punição dos culpados. Acaba-se produzindo uma hierarquia das mortes: algumas merecem mais atenção do que outras. Um dos critérios para se definir a posição que cada assassinato deve ocupar na hierarquia dos operadores do Direito, parece ser a conduta da vítima em vida. Nessa cruel taxonomia, casos de pessoas transexuais assassinadas ocupam a posição mais inferior. É como se houvesse um subtexto: ‘quem mandou se comportar assim?’. Essa taxonomia acaba (re)produzindo uma pedagogia da intolerância.¹⁶²

De acordo com dados levantados pela *Transgender Europe* (TGEU), por meio do Projeto *Trans Respect versus Transphobia* (TvT), organização que promove o direito das pessoas trans no mundo, entre 1º de outubro de 2017 e 30 de setembro de 2018, o Brasil registrou 167 assassinatos de pessoas trans, sendo seguido pelo México, com 71 assassinatos, e pela Colômbia, com 21 assassinatos.¹⁶³ De acordo com a mesma organização, o Brasil lidera também no número absoluto de assassinatos entre os anos de 2008 e 2016, com o alarmante número 868 assassinatos, seguido, novamente, pelo México, com 257 assassinatos.^{164, 165}

No contexto do continente americano, se destaca o trabalho desenvolvido pela CIDH, que em 2015 emitiu um relatório sobre a violência contra homossexuais, bissexuais, pessoas trans e outro que fogem à heteronormatividade. De acordo com o relatório:

¹⁶² BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**, p. 163-164.

¹⁶³ Transgender Europe. **Transrespect versus Transphobia Worldwide**. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_SimpleTable_EN.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹⁶⁴ Transgender Europe. **Transgender Murder Monitor**. Disponível em <<https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹⁶⁵ Sobre a metodologia utilizada na compilação dos dados, a TGEU informa que “this research is carried out by the TvT research team in six different languages (English, Spanish, Portuguese, French, Italian, and German) and focuses mainly on online newspaper reports, blog entries, NGO website reporting, social media, and mailing lists”. Mais informações disponíveis em: <<https://transrespect.org/en/tmm-methodology/>>. Acesso em: 20 de maio.

Os atos de violência contra pessoas LGBT, ou aqueles percebidos como tal, são particularmente cruéis e, em alguns casos, caracterizados por níveis de brutalidade superiores aos de outros crimes de ódio. O Relatório Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias observou “homicídios grotescos” perpetrados com ampla impunidade, supostamente às vezes com a “cumplicidade das autoridades investigativas”. De acordo com as informações recebidas e como será examinado neste Relatório, há altos níveis de impunidade em relação a essa violência (tradução nossa).¹⁶⁶

O relatório aponta ainda que a mera circulação de indivíduos que desafiam as normas de sexualidade e gênero em espaços públicos é o suficiente para desencadear o ato de repressão violenta.¹⁶⁷ Tal ponto é igualmente defendido por Namaste, para quem o espaço público foi historicamente construído como um domínio exclusivo do homem heterossexual e cisgênero, e a presença dos abjetos neste domínio causa a violência, que busca reafirmar a heterossexualidade e cisgeneridade do meio. Assinala a autora que:

Sob essa ótica, os ataques contra lésbicas e gays podem ser interpretados em termos de defesa do “público” como um domínio que pertence aos homens - homens heterossexuais, para ser mais precisa. A entrada na esfera pública é assegurada pela promulgação de uma identidade de gênero sancionada, de preferência dentro do contexto de uma díade heterossexual. Casais que violam esta prescrição, e talvez especialmente pessoas transexuais que andam sozinhas, representam um desafio fundamental para o espaço público e como ele é definido e garantido através do gênero (tradução nossa).¹⁶⁸

¹⁶⁶ “Acts of violence against LGBT persons, or those perceived as such, are particularly cruel and in some instances characterized by levels of brutality exceeding that of other hate crimes. The UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions has noted ‘grotesque homicides’ perpetrated with broad impunity, allegedly at times with the ‘complicity of investigative authorities’. According to the information received and as will be examined in this Report, there are high levels of impunity regarding this violence”. Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 21-22.

¹⁶⁷ Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 34-35.

¹⁶⁸ “In this light, attacks against lesbians and gay men can be interpreted in terms of a defense of the “public” as that domain that belongs to men—heterosexual men, to be more precise. Entrance into the public sphere is secured through the enactment of a sanctioned gender identity, preferably within the context of a heterosexual dyad. Couples who violate this prescription, and perhaps especially transgendered people who walk alone, pose a fundamental challenge to public space and how it is defined and secured through gender” NAMASTE, Viviane. Gender bashing: sexuality, gender and the regulation of the public space, p. 584-600. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 589.

De acordo com a autora, por ser um espaço que *pertence* ao homem heterossexual e cisgênero, somente serão aceitos naquele espaço aqueles que o homem heterossexual e cisgênero desejar, como as mulheres heterossexuais e cisgêneras. Trata-se de um espaço extremamente generificado, no qual indivíduos que violam a heteronormatividade são prontamente repelidos.¹⁶⁹

O relatório da CIDH reconhece, também, os problemas enfrentados pela população LGBTI+ em relação ao estigma, estereótipos e preconceitos. Cita, como exemplo de casos já analisados pela Comissão ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, certas práticas estatais que, baseando-se em estereótipos, denegam os Direitos Humanos aos indivíduos LGBTI+: Desligamento das forças armadas em razão da sexualidade; decisões envolvendo a guarda de crianças e pais homossexuais; e outras.¹⁷⁰

Ao analisar a violência contra indivíduos nos países americanos, a Comissão também relatou alguns padrões que se repetiam na maioria dos países membros.¹⁷¹ O primeiro a ser destacado dentre estes padrões é a falta de dados oficiais em relação à violência, entendendo a CIDH que o número de vítimas deve ser muito maior do que o disponível. Aponta o relatório que:

Em muitos Estados membros da OEA, vítimas, familiares e amigos de vítimas são frequentemente impedidos de denunciar os assassinatos de seus parentes ou amigos lésbicas, gays, bissexuais ou trans, devido aos altos níveis de preconceito e hostilidade das autoridades e outros membros de suas comunidades contra orientações sexuais e identidades de gênero não-normativas. Muitas vezes, quando o crime é denunciado, as

¹⁶⁹ " NAMASTE, Viviane. Gender bashing: sexuality, gender and the regulation of the public space, p. 584-600. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 590.

¹⁷⁰ Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 38-41.

¹⁷¹ O relatório da CIDH também dá especial destaque à crueldade e brutalidade que permeiam tais crimes. Nos casos observados pelo órgão, percebeu-se um alto número de morte por apedrejamentos, decapitações, empalamentos, fogo, facadas múltiplas, ácido e outros. Apontam que "em muitos casos, as vítimas foram mortas após serem sujeitas a terríveis atos de tortura, tratamento desumano ou degradante e múltiplas formas de extrema humilhação, aviltamento, tortura e/ou estupro (tradução nossa)". Em: Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 77.

informações sobre a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima são ocultadas ou negligenciadas.(tradução nossa).¹⁷²

A CIDH concluiu, então, que os mecanismos de coleta de dados nestes casos são *limitados* (para não dizer *inexistentes*). O órgão também apontou a falta de treinamento das autoridades em se tratando de orientação sexual e identidade de gênero, fazendo com que os relatórios sejam confusos e imprecisos.¹⁷³

Outro ponto apontado pela Comissão é o da “invisibilidade das violências diárias”, ou seja, as violências não-fatais que também não são reportadas. Aduz o relatório que:

Relatórios recebidos pela CIDH indicam que lésbicas, gays, bissexuais e trans sofrem uma ampla variedade de ataques em uma base regular, que podem variar de empurrões à espancamentos ou serem alvos de garrafas, pedras ou outros objetos. Esses atos de violência são considerados tão comuns em algumas partes da região que sequer são relatados, porque fazem parte da “vida cotidiana” das pessoas LGBT. Além disso, casos de violência do dia a dia geralmente não são monitorados por organizações ou cobertos pela mídia, os quais tendem a se concentrar nos crimes mais sérios e, especialmente, assassinatos (tradução nossa).¹⁷⁴

No Brasil, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, então sob a responsabilidade do Ministério da Justiça e Cidadania, divulgou um relatório em 2018, denominado “Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência”, que analisa os dados referentes ao ano de 2016. Como os crimes de ódio contra

¹⁷² “In many OAS member States, victims, family members, and friends of victims are frequently deterred from reporting the killings of their lesbian, gay, bisexual or trans relatives or friends, due to the high levels of prejudice and hostility against non-normative sexual orientations and gender identities held by authorities and other members of their communities. Oftentimes when the crime is reported, the information regarding the sexual orientation or gender identity of the victim is either concealed or overlooked”. Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 72.

¹⁷³ Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 71-73.

¹⁷⁴ “Reports received by the IACHR from independent sources indicate that lesbian, gay, bisexual and trans persons suffer a wide variety of attacks on a regular basis, which may range from pushing and shoving to beatings or the throwing of bottles, stones, or other objects. These acts of violence are reported to be so commonplace in some parts of the region that they may not be reported, because they are part of ‘everyday life’ for LGBT persons. Further, instances of day-to-day violence are generally not monitored by organizations or covered by the media, both of which tend to focus on the most serious crimes and especially murder”. Inter-American Commission on Human Rights. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015. p. 74.

indivíduos LGBTI+ no Brasil não são um tipo penal autônomo ou, então, qualificadoras ou majorantes, os dados levantados pelo relatório se basearam nos fornecidos pela Ouvidoria de Direitos Humanos, pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) e pela Rede Trans Brasil (RedeTrans).¹⁷⁵ O próprio documento, inclusive, aponta que:

Apesar dos dados e das denúncias há poucas ações concretas, por parte dos Poderes Públicos, que possam contornar a situação da violência. É importante que tenha uma legislação federal (apesar de haver projeto de lei tramitando há anos no Congresso Nacional) que, assim como foi na luta do combate ao racismo e da violência doméstica, possa atender a questão de forma eficiente e adequada.

A subnotificação pode ser explicada em parte pela vulnerabilidade social da população LGBT em acessar o serviço e uma vez acionado, em classificar corretamente os fatos corridos como homofobia ou transfobia, por exemplo, ainda que tenham traços bem típicos

[...]

É importante destacar que a violência LGBTfóbica no Brasil não é uma causalidade. A carência de medidas legais específicas ao tema impossibilitam o acesso e garantia de direitos. Certamente que o legislativo pode facilitar e impulsionar a mudança da imagem social da população LGBT, pois a criminalização da LGBTfobia traria também um efeito simbólico, já que mostraria a todos que a heteronormatividade não é considerada como padrão do que é correto. A possível hierarquização da sexualidade deve ser tão questionada quanto a de raças¹⁷⁶.

Relativamente às pessoas trans, o relatório do Governo Federal as divide em dois grupos vulneráveis, travesti e transexuais, quando da análise dos dados coletados pela Ouvidoria de Direitos Humanos.

Em relação ao grupo “travestis”, a Ouvidoria de Direitos Humanos recebeu 104 denúncias no ano, sendo São Paulo, Ceará e Distrito Federal as unidades federativas com o maior número de denúncias. Deste total, 33% eram sobre violência psicológica e 32,4% sobre discriminação. Mais de 60% das denúncias foram feitas por travestis entre 18 e 30 anos. Quanto à raça, 51,4% não informaram, 29,5% se identificavam como pardos e 11,4% como brancos.

¹⁷⁵ Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

¹⁷⁶ Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018, p. 8-9.

Em relação ao local em que a violência ocorreu, 38,8% informaram terem sido vítimas nas ruas e 20,4% em sua própria casa.¹⁷⁷

Já quanto ao grupo vulnerável “transexual”, foram 103 denúncias ao longo do ano de 2016. São Paulo, novamente, apresenta o maior número de denúncias (30), seguido da Paraíba e Minas Gerais. Os dados são similares aos constatados no grupo vulnerável “travesti”, com 34,6% das denúncias sendo sobre violência psicológica e 30% sobre discriminação. 45,8% dos denunciantes possuem entre 18 e 30 anos. Quanto à raça, 35,5% não souberam ou não quiseram informar, 28% se identificavam como brancos e 21,5% como pardos. Por fim, relativo ao local, 21% relataram que a violência ocorreu na rua e 20% que a violência ocorreu na própria casa.¹⁷⁸

Em suas disposições finais, o relatório ressalta a importância de se implementar políticas públicas de fato efetivas em prol não apenas das pessoas trans, mas da comunidade LGBTI+ como um todo, de modo a prevenir e reparar os crimes cometidos de maneira adequada. Ressalta também a importância de uma coleta e análise precisa desses dados, de modo a direcionar a atividade estatal.¹⁷⁹

Quanto aos dados como um todo, o relatório demonstra especial preocupação com as pessoas trans, assinalando que:

Neste sentido, essa parcela da população deve ser a prioridade de uma política que queira fazer frente a violência LGBTfóbica. Também cabe destacar que a população de travestis e transexuais merece especial atenção considerando o elevado índice de homicídios revelado pelo levantamento hemerográfico. Esse é um desafio a ser enfrentado pelo Poder Público e movimento social, pois essa violência não se reflete nos dados oficiais.¹⁸⁰

Conforme o relatório acima aponta, a ausência de políticas públicas por parte do Estado brasileiro é um fato, de modo que se faz necessária a existência de

¹⁷⁷ Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. p. 15-23.

¹⁷⁸ Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. p. 24-33.

¹⁷⁹ Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018, p. 74.

¹⁸⁰ Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. p. 75.

organizações não-governamentais, de modo a suprir o vácuo criado pelo Estado. Assim, merece especial atenção a atuação do Grupo Gay da Bahia, fundado em 1980. Ainda que se identifique como um “grupo de defesa dos direitos humanos dos homossexuais”, o GGB assume como compromisso lutar contra “qualquer forma de preconceito e discriminação contra gays, lésbicas, travestis e transexuais”.¹⁸¹

Desde de 2004, o GGB emite relatórios anuais sobre a violência contra membros da população LGBTI+. O relatório de 2017 que traz Dandara na capa, aponta que 445 pessoas foram vítimas da homotransfobia, sendo 191 pessoas trans, estas entendidas no relatório como mulheres trans, homens trans e travestis (*crossdressers*, *drag queens* e transformistas foram incluídos na categoria “gay”). Aponta o relatório que:

O que mais chama atenção em 2017 é o significativo aumento de 6% nos óbitos de pessoas trans: enquanto nos últimos cinco anos as/os transgêneros representavam em média 37% dos assassinatos, no último ano subiram para 42,9%. Observe-se que tal crescimento é particularmente grave pois enquanto os gays representam por volta de 20 milhões de habitantes, 10% da população brasileira (Kinsey), estima-se que as travestis e transexuais não devem ultrapassar 1 milhão de pessoas (infelizmente faltam estatísticas oficiais sobre tais populações), o que significa que o risco de uma trans morrer vítima da transfobia é 22 vezes maior do que os gays

Dentre os transgêneros, destaque também para 13 homens trans, alguns assassinados com requintes de crueldade por machistas inconformados e indignados com a ousadia dessas ex-mulheres que se afirmam socialmente e performaticamente como pertencentes ao gênero masculino. Recentemente telenovela mostrou de forma delicada e politicamente correta o dramático processo de transição de um trans-homem, tema inédito até então na televisão brasileira. Se compararmos nossa situação com os Estados Unidos, as 191 travestis e transexuais do Brasil assassinadas em 2017 face às 25 trans americanas, as brasileiras correm 12 vezes maior risco de morte violenta do que as trans norte-americanas. De acordo com o Relatório Mundial da Transgender Europe <http://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-remembrance2017/>, de um total de 325 assassinatos de transgêneros registrados em 71 países entre 2016-2017, mais da metade (52%) ocorreram no Brasil (171), seguido do México (56) e dos Estados Unidos (25).¹⁸²

¹⁸¹ Grupo Gay da Bahia – GGB. **O que é o GGB**. Informações disponíveis em: <<https://grupogaydabahia.com.br/about/o-que-e-o-ggb-nossa-historia/>>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

¹⁸² Grupo Gay da Bahia. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil – Relatório GGB 2017**. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/relatorio-ggb-2017/>>. Acesso em: 22 de maio de 2019, p. 13-14.

O relatório incluiu também as pessoas LGBTI+ que cometeram suicídio, entendendo que a elevada taxa de suicídios na comunidade se deve à opressão da sociedade heteronormativa. Dos 58 suicídios registrados, 7 foram de pessoas trans.¹⁸³

O relatório de 2018 registrou 420 mortes de pessoas LGBTI+, uma redução de 6% em relação ao ano de 2017. Destas, 164 mortes foram assinaladas como de pessoas trans (39%), colocando-as em segundo lugar nos números absolutos. Contudo, em números relativos, a morte de pessoas trans se destaca. Aduz o relatório:

Em termos relativos, as pessoas trans representam a categoria sexológica mais vulnerável a mortes violentas. Sob o rótulo “trans”, foram incluídas 81 travestis, 72 mulheres transexuais, 6 homens trans, 2 *drag queens*, 2 pessoas não-binárias e 1 transformista. Esse total de 164 mortes, se referidas a 1 milhão de pessoas trans existentes em nosso país, estimativa referendada pelas próprias associações da categoria, indicam que o risco de uma pessoa trans ser assassinada é 17 vezes maior do que um gay. Já que o IBGE não inclui no censo nacional o segmento LGBT, estima-se, com base em indicadores diversos da Academia e Governamentais, que exista no Brasil por volta de 20 milhões de gays (10% da população), 12 milhões de lésbicas (6%) e 1 milhão de trans (0,5%). “Quem discordar, que comprove o contrário”, costumam responder as lideranças LGBT.¹⁸⁴

O relatório também aponta que destas 164 pessoas trans mortas, 83 foram assassinadas “*na pista*”, esta entendida como o local em que se prostituem ou prestam seus serviços de natureza sexual.¹⁸⁵

Em relação à violência contra indivíduos homossexuais ou bissexuais, Namaste aponta que esta também pode, de certa maneira, ser considerada uma violência de gênero, uma vez que ela se dirige às características de feminilidade e masculinidade da vítima. Leciona a autora que:

¹⁸³ Grupo Gay da Bahia. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil – Relatório GGB 2017**. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/relatorio-ggb-2017/>>. Acesso em: 22 de maio de 2019, p. 16-17.

¹⁸⁴ Grupo Gay da Bahia. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil – Relatório GGB 2018**. Disponível em <<https://tribunahoje.com/wp-content/uploads/2019/01/Popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-morta-no-Brasil-relat%C3%B3rio-GGB-2018.pdf?x69597>>. Acesso em: 22 de maio de 2019, p. 02.

¹⁸⁵ Grupo Gay da Bahia. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil – Relatório GGB 2018**. Disponível em <<https://tribunahoje.com/wp-content/uploads/2019/01/Popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-morta-no-Brasil-relat%C3%B3rio-GGB-2018.pdf?x69597>>. Acesso em: 22 de maio de 2019, p. 07.

Nas sociedades ocidentais, gênero e sexualidade se confundem. Por exemplo, quando um menino de três anos e meio é agredido e chamado de “bicha”, ele é assim rotulado porque tem maneirismos que são considerados “afeminados”. Ele pode ou não ser gay, mas é chamado de “viado” porque ele não cumpre seu papel de gênero esperado. Uma menina pode ser um moleque até a idade de onze anos, quando deve, então, viver como uma pessoa mais “delicada”, “feminina”. Se ela não o fizer, ela pode ser chamada de “sapatão” - de novo, independentemente de como ela realmente define sua identidade sexual. Nos dois exemplos, a apresentação do gênero determina como esses jovens são recebidos por seus pares. Quando as pessoas gritam “bicha” em um menino de 15 anos, elas realmente querem dizer que ele não é um homem “masculino”. Gênero e sexualidade são colapsados (tradução nossa).¹⁸⁶

Tal ponto é igualmente defendido por Connel e Pearse, que, ao citarem um estudo etnográfico feito por Barrie Throne sobre as relações de gênero em escolas infantis, defendem que as crianças são assinaladas a gêneros, a depender do seu sexo. Crianças do sexo masculino serão *meninos* e crianças do sexo feminino serão *meninas*. Lecionam que:

Dizer isso é o mesmo que dizer que os meninos mais frequentemente fazem movimentos agressivos e reivindicam poder, no sentido limitado em que as crianças podem fazê-lo.

No reino do simbólico, os meninos também reivindicam poder. Eles tratam as meninas como fonte de contaminação ou poluição, por exemplo, *ao chamarem meninos considerados inferiores de ‘meninas’ ou empurrá-los para espaços ocupados por meninas (grifo nosso)*.¹⁸⁷

Especificamente em relação às pessoas trans, duas organizações se destacam no Brasil: a Rede Nacional de Pessoas Trans (RedeTrans) e a Associação Nacional De Travestis e Transexuais Do Brasil (ANTRA).

¹⁸⁶ “In Western societies, gender and sexuality get confused. For example, when a fifteen-year-old boy is assaulted and called a “faggot,” he is so labeled because he has mannerisms that are considered “effeminate.” He may or may not be gay, but he is called a “queer” because he does not fulfill his expected gender role. A young girl can be a tomboy until the age of eleven or so, but she must then live as a more “dainty,” “feminine” person. If she does not, she may be called a “dyke”—again, regardless of how she actually defines her sexual identity. In both examples, the presentation of gender determines how these youths are received by their peers. When people shout “faggot” at a fifteen-year-old boy, they really mean that he is not a “masculine” man. Gender and sexuality are collapsed”. NAMASTE, Viviane. Gender bashing: sexuality, gender and the regulation of the public space, p. 584-600. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006, p. 588.

¹⁸⁷ CONNELL, Rawyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 1. ed. São Paulo: Editora nVersos, 2015, p. 56.

A RedeTrans publicou em 2017 o dossiê “A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans”, amplo documento sobre os assassinatos e violências diversas que assolam as pessoas trans Brasil afora:

A transfobia traz um caráter multifacetado, que compreende muito mais do que as violências tipificadas pelo código penal. A transfobia pode ser entendida como o preconceito ou discriminação e demais violências daí decorrentes contra pessoas em função de sua identidade de gênero presumidas. Infelizmente, são pouquíssimas as pessoas transexuais e travestis que conseguem passar dos 35 anos de idade e envelhecer. Quando não são *assassinadx*s (*sic*), geralmente acontece alguma outra fatalidade relacionada ao uso indiscriminado de hormônios e silicone industrial.¹⁸⁸

Sobre a exclusão social, aqui entendida como o ostracismo da sociedade nos mais variados níveis que gera a pobreza, mortalidade, desemprego, a RedeTrans entende que se trata de uma realidade inerente às pessoas trans no Brasil, que somente existem às margens da sociedade: às margens da educação, às margens da saúde, às margens do mercado de trabalho.¹⁸⁹ São, afinal, indivíduos abjetos ao sistema heteronormativo, seres monstruosos que escapam à completa inteligibilidade.

Aliás, cumpre ressaltar que as pessoas trans são consideradas *abjetas* justamente por não interessarem ao Estado. Sua existência, suas *formas* de existir, não interessam ao Estado, não interessam à biopolítica sustentada por um Estado heteronormativo, para quem apenas importa aqueles que podem se reproduzir. A exclusão social não é uma mera omissão do Estado, mas um gerenciamento sobre a vida e a morte de uma população que não interessa ou que ameaça aqueles que interessam ao Estado. É mais do que uma biopolítica, é uma necropolítica.¹⁹⁰

Exemplo dessa necropolítica é o total descaso do Estado para com a saúde das pessoas trans. Sobre a saúde coletiva das pessoas trans, o relatório da RedeTrans aponta que:

¹⁸⁸ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans**. Brasil, 2017, p. 6

¹⁸⁹ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans**. Brasil, 2017, p. 27-28.

¹⁹⁰ SHAKHSARI, Sima. Killing me softly with your rights: queer death and the politics of rightful killing, p. 93-110. In: **Queer Necropolitics**. HARITAWORN, Jin (ed.); KUNTSMAN, Adi (ed.); POSOCCO, Silvia (ed.). New York: Routledge, 2014, p. 103.

O suicídio é uma das causas mais recorrentes das mortes de travestis, mulheres transexuais e homens trans do Brasil nos últimos tempos. A maioria dos casos ocorre entre jovens de 15 a 29 anos, sobretudo entre pessoas do gênero feminino. É apontado como um grave problema de saúde pública. Todavia, entre a população trans ainda faltam dados, debates e pesquisas. De modo recente, um relatório chamado "Transexualidades e Saúde Pública no Brasil", do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT e do Departamento de Antropologia e Arqueologia, revelou que 85,7% dos homens trans já pensaram em suicídio ou tentaram cometer o ato.

[...]

No ano de 2016, reportamos 12 casos de suicídio relatados por meio das redes sociais e meios de comunicação. Sabe-se que esse número é ínfimo, perto da realidade do nosso país, uma vez que, segundo Andrade (2013), essa população não existe, e torna-se invisível para o governo, sociedade e movimentos sociais, salvaguardando raras e modestas iniciativas. A prevenção ao suicídio é uma emergência, uma vez que já faz parte dos objetivos da política nacional de saúde.¹⁹¹

Outro ponto de especial destaque é o uso de silicone industrial, o qual é buscado por muitas pessoas trans para atingir o corpo idealizado. Com sua aplicação proibida pela Agência de Vigilância Sanitária, o silicone industrial possui efeitos adversos no corpo: pode provocar alergia e o consequente choque anafilático; se espalhar pelo corpo; com o tempo, tornar-se rígido e comprimir órgãos vitais; infecções; e outros.¹⁹² Sobre o uso do silicone industrial, leciona Pelúcio:

Se o hormônio é a feminilidade, a beleza e o nervoso, que confirma os resultados da feminilização, o silicone é a “dor da beleza”. O corpo feito, todo “quebrado na plástica é o sonho da maioria. Mas nem sempre as intervenções podem ser conseguidas em clínicas de cirurgia plástica filiadas ao sistema da medicina oficial. Então, procura-se o caminho tradicional, aquele que vem sendo usado há pelo menos 30 anos pelas travestis: a bombadeira.

[...]

Todas as travestis parecem saber que se bombar é perigoso. Mas a maioria não abre mão dessa técnica de transformação do corpo. Em pesquisa realizada pela Unidas, associação formada por travestis de Aracaju (SE), constatou-se que mesmo 68% das 22 travestis entrevistadas sabendo dos riscos do silicone industrial, e 92% delas conhecendo pessoas que tiveram problemas com o uso do mesmo, 80% delas fariam aplicações do produto.

¹⁹¹ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê:** A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans. Brasil, 2017, p. 29-30.

¹⁹² NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê:** A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans. Brasil, 2017, p. 32-36.

Essa realidade se verifica também entre os grupos de travestis que fazem parte dessa pesquisa (travestis da capital e do interior de São Paulo).¹⁹³

Já em relação à violência estrutural, aponta o relatório que

Não obstante de a transexualidade não ser analisada como uma doença pela OMS, ainda é muito assinalada pelo viés médico e psiquiátrico. Isso é uma violação dos direitos humanos destas pessoas, uma vez que as pessoas trans necessitam trazer a liberdade com relação à sua identidade de gênero e autonomia sobre seus corpos, sem intervenção de uma autoridade médica.

Essa violação de direitos humanos é realizada pelo próprio Estado, ao recusar direitos sociais e não legislar em favor das pessoas trans funcionando, deste modo, como autorização social para a violência e as mortes de travestis, transexuais e transgênero em todo o país, portanto, pode-se concluir que o Brasil não reconhece seus cidadãos e cidadãs trans.

Não raro, conseqüentemente, as pessoas trans ficam sujeitadas às piores formas de desprezo e arbitrariedade. Por estarem posicionadas nos patamares inferiores da estratificação sexual, isto é, por vezes mais expostas que gays e lésbicas, seus direitos são ordenadamente negados e violados, sob a indiferença geral.¹⁹⁴

A violência contra as pessoas trans se desdobra em diversas maneiras, atingindo e violando direito essenciais em uma ampla gama de áreas essenciais. De acordo com Peres,

Muitos homossexuais, mesmo antes de se decidirem pela travestilidade, ao expressar sua homossexualidade dentro de suas famílias, são discriminados e perseguidos através de cobranças, controles e agressões físicas e verbais que denigrem a sua auto estima e sua capacidade de ação, fazendo-os perder a crença em si mesmos e a creditar nas acusações, classificações e penalizações que lhe são impostos.[...] Paralelamente a essa exclusão familiar, em seu entorno já se configuram outras ondas de exclusão, que vão se conjugando, tais como, exclusão escolar, exclusão social, exclusão econômica, exclusão sexual, exclusão cultural, exclusão religiosa, exclusão racial, ou seja, uma total exclusão de direitos, que não só denigre como impossibilita a essas pessoas o direito fundamental de

¹⁹³ PELÚCIO, Larissa. Toda quebrada na plástica – corporalidade e construção de gênero entre travestis paulistas, p. 97-112. **Campos**: Revista de Antropologia Social, v. 6, n. 1 e 2, 2005. 102-103.

¹⁹⁴ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê**: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans. Brasil, 2017, p. 37.

construir cidadanias. Vai se configurando aquilo que gostaríamos de chamar de “rede de exclusão”.¹⁹⁵

Assim, de acordo com o autor, as pessoas trans são excluídas da sociedade tão logo assumem e expressam a sua identidade. A exclusão se dá de tal maneira que tais indivíduos se veem ostracionados por completo da sociedade, seja no núcleo familiar, seja no ambiente público.

O não reconhecimento por parte do Estado, a ausência de políticas públicas e a heteronormatividade que permeia a sociedade cria um ambiente em que a vida da pessoa trans é, para todos os efeitos, uma não-vida, uma vida incapaz de ser vivida. Morre-se e mata-se diariamente, seja no sentido literal ou simbólico. O ostracismo possui efeitos variados, dentre eles o da prostituição, que surge, por vezes, como único meio de subsistência. Aponta o relatório que:

Percebe-se que o segmento ainda sofre muito preconceito, em especial no mercado de trabalho o que faz com que mais de 90% das travestis e transexuais vivam tão-somente da prostituição. A noite é extremamente perigosa para as profissionais do sexo e falta policiamento ostensivo de grande frequência nessas áreas.¹⁹⁶

A prostituição, inclusive, é diretamente relacionada aos altos índices de violência contra pessoas trans, sendo muitos dos casos resultados de desacertos entre a pessoa trans prostituta e o cliente.¹⁹⁷

O relatório aponta, por fim, que a expectativa de vida das pessoas trans no Brasil é de 35 anos, muito inferior à média nacional de 74 anos, e que a grande parte dos homicídios apresentam níveis absurdos de crueldade, sendo os ferimentos, em sua maioria, localizados no rosto e genitais das pessoas trans.¹⁹⁸

¹⁹⁵ PERES, William Siqueira. Violência, exclusão e sofrimento psíquico, p. 116-122. In: RIOS, Luís Felipe (org.); ALMEIDA, Vagner de (org.); PIMENTA, Cristina (org.); TERTO JR., Veriano (org). **Homossexualidade**: produção cultural, cidadania e saúde. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids, 2004, p. 118.

¹⁹⁶ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê**: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans. Brasil, 2017, p. 41.

¹⁹⁷ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê**: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans. Brasil, 2017, p. 45.

¹⁹⁸ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê**: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans. Brasil, 2017, p. 47-68.

A ANTRA, por sua vez, apresentou um dossiê atualizado dos assassinatos e violência contra pessoas trans no Brasil em 2018.¹⁹⁹ De acordo com o referido documento, em 2018 foram 163 assassinatos de pessoas trans, sendo 158 travestis e mulheres trans, 4 homens trans e 1 pessoa não-binária. Do total, apenas 15 dos casos tiveram os suspeitos presos²⁰⁰.

Já quanto ao contexto social, de acordo com o dossiê, 90% das pessoas trans utilizam a prostituição como fonte de renda, fato este relacionado à baixa escolaridade, resultado direto da exclusão escolar²⁰¹. Bento, inclusive, entende que não se trata de um processo de *evasão* escolar, mas de *exclusão*. O indivíduo trans é *excluído* do ambiente, como se numa tentativa de evitar a contaminação dos demais:

Na verdade, há um desejo em eliminar e excluir aqueles que contaminam o espaço escolar. Há um processo de expulsão e não de evasão. É importante diferenciar ‘evasão’ de ‘expulsão’, pois, ao apontar com maior precisão as causas que levam crianças a não frequentarem o espaço escolar, teremos como enfrentar com eficácia os dilemas que constituem o cotidiano escolar, entre eles, a intolerância alimentada pela homofobia²⁰².

Tal como o dossiê apresentado pela RedeTrans, o documento da ANTRA entende que a prostituição está diretamente relacionada à violência contra as pessoas trans²⁰³.

Diferentemente do que poderia se supor com base nos dados levantados pela Ouvidoria de Direitos Humanos, o relatório da ANTRA aponta que em 2018, 82%

¹⁹⁹ Sobre a metodologia: “O levantamento é feito de forma quantitativa, visto que não existem dados demográficos a respeito da população trans brasileira, e a partir de pesquisa dos casos em matérias de jornais e mídias vinculadas na internet. De forma manual, individual e diária. Há ainda grupos específicos que publicam informações sobre pessoas assassinadas e/ou são enviadas informações através da rede de afiliadas da ANTRA, IBTE e Rede Nacional de Operadores de Segurança Pública - LGBTI (RENOSP), além dos mais diversos meios e canais de comunicação (E-mail, Facebook, Whatsapp, etc)” Em: NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018.** Brasil, 2019, p. 11.

²⁰⁰ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018.** Brasil, 2019, p. 15.

²⁰¹ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018.** Brasil, 2019, p. 19.

²⁰² BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012. p. 166.

²⁰³ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018.** Brasil, 2019, p. 19.

das vítimas eram negras ou pardas. O número de mulheres trans negras, inclusive, aumento 54%, enquanto que o de brancas caiu 9,8%.²⁰⁴

Dentre as violências estruturais, o relatório apresenta que estas ocorrem de diversos tipos: direito a saúde negado em plano de saúde, impedimento de colar grau em universidade, assédio moral no trabalho, nome social recusado em escolas, proibição de usar banheiros de acordo com o gênero com o qual se identifica e outros. Também aponta que tais violência ocorreram nos mais variados locais: Tribunais, hospitais, meios de transporte público, baladas, postos de gasolina e até mesmo na Advocacia-Geral da União.²⁰⁵

Frente a tais dados, resta evidente a fragilidade das pessoas trans na sociedade brasileira, sociedade esta que os considera seres, segundo a concepção butleriana, abjetos, que vivem onde é inabitável, expelidos da categoria do sujeito.²⁰⁶

2.2.2 A heteronormatividade do Estado.

Todos os anos, desde 1997, a cidade de São Paulo recebe a “Parada do Orgulho LGBT”, hoje considerada a maior do mundo. O evento de 2019 reuniu 3 milhões de pessoas na Avenida Paulista e movimentou cerca de R\$ 403 milhões na economia da cidade.²⁰⁷ Frente a tais dados, é fácil de se imaginar que o Brasil, reconhecido pela sua diversidade e multiculturalidade, é um país extremamente aberto e receptivo à diversidade sexual e identidade de gênero. A realidade, contudo, não poderia ser mais diferente.

Morrem mais LGBTI+ no Brasil do que nos treze países no mundo em que a homossexualidade e/ou transgeneridade são “práticas” passíveis de pena de morte. Mesmo com essa violência alarmante, que coloca o Brasil na dianteira nos rankings

²⁰⁴ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018.** Brasil, 2019, p. 20.

²⁰⁵ NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018.** Brasil, 2019, p. 34.

²⁰⁶ BUTLER, Judith. **Bodies that matter: on the discursive limits of ‘sex’.** New York: Routledge, 2011, p. 13.

²⁰⁷ PINHONI, Marina. Parada LGBT de 2019 movimentou R\$ 403 milhões em SP, diz prefeitura. **G1.** São Paulo, 29 de junho de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/29/23a-parada-lgbt-movimentou-r-403-milhoes-em-sao-paulo-diz-prefeitura.ghtml>>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

globais de violência LGBTI+, o Projeto de Lei da Câmara 122/06, que tipificava as condutas de discriminação ou preconceito baseadas em orientação sexual e identidade de gênero, foi arquivado ao final de 2014.²⁰⁸ Outros projetos em benefício da população LGBTI+ (PL 7292/17; PL 5002/13; PL 6297/16) também tramitam nas casas, mas sem qualquer previsão para serem apreciadas, quiçá aprovadas.

Em “Corpos em Aliança e a Política das Ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia”, Butler nos apresenta a ideia de que, atualmente, vivemos em um momento em que populações inteiras são consideradas descartáveis, estando sujeitas ao que a autora chama de “precarização”,²⁰⁹ termo utilizado para definir “a situação politicamente induzida na qual determinadas populações sofrem as consequências da deterioração de redes de apoio sociais e econômicas mais do que outras, e ficam diferencialmente expostas ao dano, à violência e à morte”.²¹⁰

Para a autora, há uma parcela da população que é considerada humana, destinatária de direitos e garantias, enquanto outra sequer é considerada quando da análise dos destinatários das normas e políticas de Estado, sequer é considerado humano.²¹¹ Nas palavras da filósofa:

Ser radicalmente privado de reconhecimento ameaça a própria possibilidade de existir e persistir. Ser um sujeito requer primeiro encontrar o próprio caminho dentro de certas normas que governam o reconhecimento, normas que nunca escolhemos e que encontraram o seu caminho até nós e nos envolveram com seu poder cultural estrutural e incentivador.^{212, 213}

²⁰⁸ Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 13 de julho de 2018.

²⁰⁹ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 21.

²¹⁰ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 40.

²¹¹ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 43.

²¹² BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 47.

²¹³ Butler já defendia esse ponto em “Undoing Gender”, colocando de maneira clara a importância do reconhecimento do indivíduo e, conseqüentemente, também da sua “humanidade” para o corpo social que habita: “If we are not recognizable, if there are no norms of recognition by which we are recognizable, then it is not possible to persist in one’s own being, and we are not possible beings; we have been foreclosed from possibility. We think of norms of recognition perhaps as residing already in a cultural world into which we are born, but these norms change, and with the changes

Partindo destas ideias previamente apresentadas, o que se sustenta aqui é que a população LGBTI+ no Brasil é uma população, na concepção butleriana do termo, precária, pois vive em uma condição de vulnerabilidade total, sem encontrar um amparo adequado por parte do Estado.

Exercer a própria sexualidade ou identidade de gênero de forma livre é, ou ao menos deveria ser, um direito fundamental à pessoa humana, pois se trata de parte essencial à esta. Trata-se, pois, de dois desenvolvimentos, um subjetivo e outro jurídico: primeiramente, é um desenvolvimento pessoal, da própria consciência do indivíduo. Da ótica jurídica, trata-se de um desenvolvimento de diversos direitos, tais como o direito à liberdade, igualdade e privacidade.

Ainda, Rios defende que existe um princípio de não-discriminação em razão da orientação sexual, este um desenvolvimento do princípio da igualdade. Segundo o autor: “Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual”.²¹⁴

Assim, é evidente que há um suporte constitucional para que a comunidade LGBTI+ brasileira consiga acessar e exercer os seus direitos fundamentais de forma plena, mas não é o que ocorre na prática. Conforme abordado no começo deste capítulo, o Brasil é um dos países com o maior número de assassinatos de pessoas LGBTI+ no mundo, dados estes que demonstram duas realidades: a heteronormatividade da sociedade e do Estado e a situação de extrema vulnerabilidade desta comunidade, sendo a primeira causa e a segunda, resultado. Sobre esta exclusão, disserta Peres no sentido de que

Paralelamente a essa exclusão familiar, em seu entorno já se configuram outras ondas de exclusão, que vão se conjugando, tais como, exclusão escolar, exclusão social, exclusão econômica, exclusão sexual, exclusão cultural, exclusão religiosa, exclusão racial, ou seja, uma total exclusão de

in these norms come changes in what does and does not count as recognizably human. To twist the Hegelian argument in a Foucaultian direction: norms of recognition function to produce and to deproduce the notion of the human”. Em: BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004, p. 31.

²¹⁴ RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro, p. 383-408. **Direito e Democracia**. Vol.2, n.2, 2001. p. 391.

direitos, que não só denigre como impossibilita a essas pessoas o direito fundamental de construir cidadanias. Vai se configurando aquilo que gostaríamos de chamar de “rede de exclusão”.²¹⁵

De acordo com Mello *et. al.*, o Estado brasileiro é um Estado homofóbico e transfóbico, homo e transfobia esta que se se faz presente na “forma de desproteção jurídica para pessoas LGBT em várias esferas da vida social não encontra nenhum paralelo quando comparada a outras fontes de opressão, como o machismo e o racismo, mesmo nos ditos países democráticos na contemporaneidade”.²¹⁶

Partilhando deste posicionamento, Fachini entende que o Estado brasileiro é essencialmente heteronormativo, ou seja: exclui todos aqueles que fogem à compulsoriedade da heterossexualidade. A autora se utiliza do instituto do casamento para ilustrar seu argumento:

Ora, se rapidamente considerarmos os princípios esculpidos no Código Civil Brasileiro, na parte referente às definições de pessoa natural e capacidade jurídica, em analogia aos princípios fundamentais do estado democrático de direito brasileiro, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos direitos e garantias fundamentais de todos e todas os/as cidadãos/ãs, e ao princípio do artigo 226, § 3.º da Constituição da República e sua regulamentação – que expressamente consideram como união com efeitos jurídicos de casamento apenas a união heterossexual, é possível afirmar que aqueles/as historicamente enquadrados/as pela ciência médica no rol das anomalias sexuais encontram-se alijados/as da consideração como sujeitos de direitos, numa verdadeira contradição interna presente no ordenamento jurídico nacional, ou nas palavras de Jeanine Philippi, uma espécie problemática de incapacidade.²¹⁷

Atualmente, partindo da ideia de que o Estado é essencialmente *heteronormativo*, o movimento LGBTI+ tem se organizado de modo a fazer parte dos

²¹⁵ PERES, William Siqueira. Violência, exclusão e sofrimento psíquico, p. 116-122. In: RIOS, Luís Felipe (org.); ALMEIDA, Vagner de (org.); PIMENTA, Cristina (org.); TERTO JR., Veriano (org). **Homossexualidade: produção cultural, cidadania e saúde**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids, 2004, p. 118.

²¹⁶ MELLO, Luiz; BRAZ, Camilo; FREITAS, Fátima Regina Almeida de; e AVELAR, Rezende Bruno de. Questões LGBT em debate: sobre desafios e conquistas, p. 151-161. **Revista Sociedade e Cultura**. v. 15, n. 1, 2012, p.158

²¹⁷ OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Sexualidade, moral e direito: a exclusão dos sujeitos, p. 31-54. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, janeiro de 2002, p. 44.

espaços de gestão pública, mudando o Estado e o utilizando para mudar a sociedade através de políticas públicas e marcos legais.²¹⁸

O Executivo Federal, até o presente momento, adotou poucas medidas e políticas públicas que visavam especificamente a proteção e promoção dos direitos da comunidade LGBTI+. Para Mello *et al.*, são quatro os principais marcos nesta atuação:

Criação do “Brasil Sem Homofobia (BSH) – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de promoção da cidadania homossexual, em 2004; realização, em 2008, da I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, com o tema “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)”;

lançamento do “Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais” (PNDCDH-LGBT), em 2009; e publicação do decreto que cria o “Programa Nacional de Direitos Humanos 3” PNDH-3), em 2009).²¹⁹

Dentre outros diplomas de âmbito federal que podem ser considerados como parte da legislação nacional, dados apresentados pelo Estudo Sobre Direitos Sexuais de LGBT no Brasil, realizado pelo Ministério da Justiça em 2013, demonstram um total de 54 normas, aí incluídos decretos, portarias, resoluções e outros atos normativos oriundos de variados órgãos da administração pública.²²⁰

Na seara da identidade de gênero, merece especial destaque a Portaria 1.707/09 do Ministério da Saúde, parte do Executivo Federal, que permitiu o processo de redesignação sexual pela rede pública.²²¹ No ano seguinte à portaria, em 2010, o Conselho Federal de Medicina deixou de considerar a cirurgia de

²¹⁸ PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil, p. 115-137. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. v. 4, n. 1, 2016, p. 123-124.

²¹⁹ MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil, p. 289-312. **Sociedade e Estado**, 27(2), 2012, p. 295-296.

²²⁰ OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBTTTT no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de reforma do judiciário, 2012, p. 65-68.

²²¹ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 274.

redesignação sexual de pessoas trans femininas como experimental, apesar de o mesmo ainda não ter acontecido em relação às pessoas trans masculinas.²²²

Porém, segundo os mesmos, não obstante a atuação do Governo Federal para com as necessidades da população LGBTI+, tais marcos não tiveram o efeito que deveriam ter, uma vez que para que “planos e programas se tornem instrumentos efetivos de promoção de cidadania e direitos humanos, é fundamental que se viabilize maior interlocução entre formuladoras/es e executores/as de ações. Sem isso, corre-se o risco de uma enorme distância entre o que se propõe executar e o que é executado”.²²³

No mesmo sentido, Pereira entende que as várias políticas públicas adotadas pelo Governo Federal nos últimos anos, ainda que importantes, tiveram pouco impacto na vida dos indivíduos LGBTI+, seja por falta de efetividade, seja por retrocessos impostos por importantes antagonistas ao movimento e seus avanços.²²⁴

Em outro artigo, Mello *et al.* expõem as principais razões que justificam o fracasso da atuação do Executivo:

Todavia, ao longo dos últimos seis anos, as ações e programas esboçados pelo Governo Federal – e também pelos governos estaduais e municipais – parecem marcados pela fragilidade institucional e por deficiências estruturais, tendo em vista: a) ausência de respaldo jurídico que assegure sua existência como políticas de Estado, livres das incertezas decorrentes das mudanças na conjuntura política, da homofobia institucional e das pressões homofóbicas de grupos religiosos fundamentalistas; b) dificuldades de implantação de modelo de gestão que viabilize a atuação conjunta, transversal e intersetorial, de órgãos dos governos federal, estaduais e municipais, contando com a parceria de grupos organizados da sociedade civil; c) carência de previsão orçamentária específica, materializada no Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA); e d) reduzido número de servidoras públicas especializadas, integrantes do quadro permanente de técnicas dos governos, responsáveis por sua formulação, implementação, monitoramento e avaliação.²²⁵

²²² DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 275.

²²³ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 275.

²²⁴ PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil, p. 115-137. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, p. 127-128.

²²⁵ MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades, p. 403-429. **Cadernos Pagu**, (39), 2012, p. 418.

É possível perceber que o primeiro item enumerado pelos autores é “ausência de respaldo jurídico que assegure sua existência como políticas de Estado, livres das incertezas decorrentes das mudanças na conjuntura política, da homofobia institucional e das pressões homofóbicas de grupos religiosos fundamentalistas”. A produção legislativa em favor da comunidade LGBTI+ no Brasil é nula, sendo que as poucas vitórias são originadas de decisões judiciais, não sendo capazes de fornecer a segurança jurídica adequada para esta parcela da população. Aduz Peres:

Cada vez mais percebemos a necessidade das autoridades governamentais, dos formadores de opiniões públicas e de pesquisadores sensíveis à diferenças, de formular políticas públicas e ações solidárias e cidadãos de inclusão das populações marginalizadas, para que essas pessoas possam desfrutar dos mesmos direitos que são assegurados aos cidadãos comuns, de modo a terem as mesmas oportunidades e chances frente à vida.²²⁶

Outra crítica válida é aquela formulada por Bento, para quem as conquistas legais dos grupos vulneráveis são feitas a “conta-gotas”, ou seja, dá-se pequenas garantias, pequenos direitos que, no que pese serem um importante avanço, estão muito longe de resolver os problemas reais. Para a pesquisadora, que se utiliza do nome social para pessoas trans para exemplificar sua posição, criam-se “cidadanias precárias”, que negam a condição humana e a própria cidadania.²²⁷

A vulnerabilidade deste grupo é oriunda da opressão por parte do Estado e de diversos segmentos da sociedade. Os indivíduos LGBTI+, especialmente os mais vulneráveis dentro desta, jamais conseguirão por si só assegurar uma existência que tenha um mínimo de dignidade. Vivemos, hoje, em uma sociedade preconceituosa, homofóbica e transfóbica de tal monta que se o Estado não agir, não intervir na situação, o extermínio de lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e demais indivíduos que não se encaixam nos padrões heteronormativos irá continuar.

²²⁶ PERES, Wiliam Siqueira. Violência, exclusão e sofrimento psíquico, p. 116-122. In: RIOS, Luís Felipe (org.); ALMEIDA, Vagner de (org.); PIMENTA, Cristina (org.); TERTO JR., Veriano (org). **Homossexualidade**: produção cultural, cidadania e saúde. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids, 2004, p. 122.

²²⁷ BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal, p.165-182. **Contemporânea**: Revista de Sociologia da UFSCar. v. 4, n. 1. 2014.

Desde a promulgação da Constituição, trinta anos se passaram e nada mudou no legislativo federal, uma vez que nunca houve a aprovação de um único projeto que seja especificamente direcionado a população LGBTI+. E o motivo principal permanece o mesmo: a utilização da religião e o conservadorismo como óbice à aprovação dos projetos favoráveis. Segundo Nina, em uma análise detalhada da produção legislativa relacionada a população LGBTI+

Ocorre que nas Assembleias Legislativas dos Estados e no Congresso Nacional, há a presença de significativa oposição à aprovação de Leis voltadas ao público LGBT, principalmente devido à Frentes Parlamentares Religiosas e outros setores conservadores, sendo esta a justificativa mais comum para explicar a paralisia do legislativo.²²⁸

No âmbito do legislativo federal, existem quatro diplomas legais que proíbem a discriminação por orientação sexual: a Lei nº 9.612/98, que versa sobre o Serviços de Radiodifusão Comunitária;²²⁹ a Lei nº 10.216/01, que trata da proteção de pessoas com transtornos mentais;²³⁰ A Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher;²³¹ e, por fim, a Lei nº 12.414/11, sobre análise de risco de crédito.²³² Cumpre ressaltar aqui que nenhuma dessas leis confronta de maneira direta o problema da discriminação por orientação sexual, mas

²²⁸ NINA, Alan Michel Santiago. **A produção legislativa voltada ao público LGBT na Câmara dos Deputados do Brasil (1989-2013)**. 2014. 102 páginas. Dissertação de mestrado em Ciência Política. – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará. Belém, 2014, p. 54.

²²⁹ BRASIL. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9612.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2019..

²³⁰ BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

²³¹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

²³² BRASIL. Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

apenas a impede nestes casos específicos. Ainda, *todas* as legislações acima citadas tratam apenas da orientação sexual, não versando sobre a identidade de gênero trans.

Em pesquisa realizada nas Assembleias Legislativas do Rio de Janeiro e São Paulo, bem como na Câmara Federal, Natividade²³³ notou que a tramitação de projetos de lei que traziam benefício à diversidade sexual e identidade de gênero geravam reações contrárias quase que de imediato, sendo a maioria delas oriundas das bancas religiosas, demonstrando uma *resposta religiosa* aos projetos. No mesmo sentido, observa Santos que:

Embora não tenhamos dados suficientes para explorar tal hipótese, a observação das votações de projetos de lei pró-livre orientação sexual/identidade de gênero parece indicar que a vinculação religiosa dos parlamentares, majoritariamente daqueles que fazem parte da Frente Parlamentar Evangélica (FPE), parece ser relevante para explicar a oposição à extensão de direitos aos homossexuais do que sua vinculação partidária. Ao que parece, no Brasil, a clivagem religiosa desempenha importante papel para explicar a oposição aos direitos LGBT, já que as chamadas “questões morais” (aborto, descriminalização do uso de drogas e casamento entre pessoas do mesmo sexo) agregam os diferentes setores religiosos em oposição às chamadas pautas progressistas.²³⁴

De grande importância nessa discussão se reveste o embate quixotesco das Frentes Parlamentares Religiosas contra o que chamam de “ideologia de gênero”, termo este introduzido pelos próprios religiosos para denominar o ameaçador moinho dos debates sobre sexualidade e gênero nas escolas, apresentado quando dos debates sobre o Plano Nacional de Educação. De maneira sintética, Andrea Dip define a ideologia de gênero como

É uma retórica que afirma haver uma conspiração mundial entre ONU, União Europeia, governos de esquerda, movimentos feminista e LGBTQ para “destruir a família”, mas que, em última análise, objetiva propagar um pânico social e voltar as pessoas contra os estudos de gênero e todas as políticas públicas orientadas às mulheres e à população LGBTQ, sobretudo nas questões relacionadas aos chamados “novos direitos humanos”, como,

²³³ NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Homofobia religiosa e Direitos LGBT: Notas de pesquisa, p. 33-51. **Latitude**, Vol. 07, nº 1. 2013, p. 39.

²³⁴ SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil, p. 179-212. **Contemporânea**, v. 6, n. 1, 2016, p. 208.

por exemplo, o uso do nome social, o direito à identidade de gênero e à livre orientação sexual.²³⁵

A autora apresenta, ainda, um breve relato de como esse assunto, baseado em opiniões equivocadas e preconceito, se tornou tão importante não só no Congresso Nacional, mas na sociedade como um todo:

Nas missas e cultos, cartilhas foram distribuídas alertando pais e mães sobre o perigo silencioso que rondava o lar – aparentemente os filhos seriam doutrinados a virar “outra coisa” que contrariasse o seu sexo biológico e inclusive ensinados a praticar sexo com coleguinhas. Surgiram até falsas cartilhas, atribuídas ao MEC, com imagens de crianças tendo relações sexuais.²³⁶

Ainda, os dados levantados por Nina demonstram uma realidade curiosa: há uma quantia considerável projetos favoráveis aos LGBTI+, mas estas não são aprovadas; e os poucos projetos desfavoráveis também não são aprovados. De acordo com estes dados, foram 90 projetos favoráveis apresentados entre 1988 e 2012, e 12 desfavoráveis no mesmo período, totalizando 102 projetos relacionados ao tema LGBTI+. À época da pesquisa, 29 das favoráveis ainda estavam em tramitação, enquanto que das desfavoráveis apenas uma ainda tramitava.²³⁷

Utilizando-se dos dados obtidos, Nina aponta que há, na verdade, uma “inação” em relação às propostas voltadas ao público LGBTI+, tanto das favoráveis quanto das contrárias. Sobre estas últimas, leciona o autor que

O que se percebe é uma forte rejeição às PLs desfavoráveis, pois se por um lado não há mais incentivos para se criar leis favoráveis a LGBTs, por outro lado a maioria dos parlamentares não está disposta a lhes retirar direitos. Trata-se muito mais de uma inação, isto é, uma imobilidade em se aprovar

²³⁵ DIP, Andrea. **Em nome de quem?** A bancada evangélica e seu projeto de poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 106.

²³⁶ DIP, Andrea. **Em nome de quem?** A bancada evangélica e seu projeto de poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 102.

²³⁷ NINA. Alan Michel Santiago. **A produção legislativa voltada ao público LGBT na Câmara dos Deputados do Brasil (1989-2013)**. 2014. 102 páginas. Dissertação de mestrado em Ciência Política. – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará. Belém, 2014, p. 68.

certas garantias, do que num jogo de forças para ganhar ou retirar direitos.²³⁸

Parte desta inércia também se deve à complexa interação entre executivo e legislativo, presidencialismo de coalizão e controle da agenda. Por este sistema, segundo Souza e Nina, o colégio de líderes detém o controle das pautas. Como os temas envolvendo os direitos das pessoas LGBTI+ são em sua grande maioria temas controvertidos, os partidos não se comprometem, sendo em sua maioria demandas individuais ou que movimentam um contingente pequeno de representantes.²³⁹ Segundo os autores,

Há uma forte tendência, pelo desenho institucional brasileiro, de os deputados assumirem uma lógica racionalista e individualista quanto às propostas apresentadas, visando não apenas a reeleição, mas lançarem suas propostas de forma autônoma, muitas vezes prescindindo de um caráter coletivo, tomando para si o mérito de lançar a questão.²⁴⁰

Esta proposição dos autores explicaria a razão de haver tantos projetos favoráveis à comunidade LGBTI+, já que os deputados fariam as propostas para agradar ao seu eleitorado, e o índice nulo de projetos de fato aprovados.

Um exemplo é o célebre Projeto de Lei Complementar (PLC) 122/2006, de iniciativa da então deputada federal Iara Bernardi, que previa a criminalização da discriminação ou preconceito em razão de gênero, sexo, orientação sexual e

²³⁸ NINA, Alan Michel Santiago. **A produção legislativa voltada ao público LGBT na Câmara dos Deputados do Brasil (1989-2013)**. 2014. 102 páginas. Dissertação de mestrado em Ciência Política. – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará. Belém, 2014, p. 71-72.

²³⁹ SOUZA, Carlos Augusto da Silva; NINA, Alan Michel Santiago. Em busca de reconhecimento: a atuação dos grupos de interesse na produção legislativa voltada à população LGBT na Câmara dos Deputados no Brasil. **IX Encontro ABCP: Autoritarismo, democracia e direitos humanos**, Brasília, 2014.

²⁴⁰ SOUZA, Carlos Augusto da Silva; NINA, Alan Michel Santiago. Em busca de reconhecimento: a atuação dos grupos de interesse na produção legislativa voltada à população LGBT na Câmara dos Deputados no Brasil. **IX Encontro ABCP: Autoritarismo, democracia e direitos humanos**, Brasília, 2014, p. 11.

identidade de gênero. Após um longo e contraditório trâmite, o PLC foi arquivado em dezembro de 2014.²⁴¹

Tal projeto foi recebido com furor pela comunidade religiosa brasileira, que entendia haver uma tentativa de limitação da sua liberdade religiosa. De acordo com Carrara²⁴², os parlamentares ligados às religiões cristãs entendem que, de acordo com a Bíblia cristã, existe uma *liberdade de condenar publicamente* a homossexualidade, interpretando a liberdade religiosa no sentido de esta assegurar uma liberdade ao ódio e à intolerância.

Líderes religiosos e políticos se pronunciaram publicamente contra o projeto, sendo que este último chegou a lançar um sítio eletrônico com suas críticas ao projeto, defendendo a sua inconstitucionalidade: “O perigo do artigo 1º é a livre orientação sexual. Esta é a primeira porta para a pedofilia. É bom ressaltar que o homossexualismo é comportamental, ninguém nasce homossexual; este é um comportamento como tantos outros do ser humano”.²⁴³ Sobre a reação religiosa ao projeto, leciona Natividade que:

Essas ideias circularam em canais diversos como mídia televisiva, sites evangélicos, púlpitos, periódicos religiosos de circulação nacional e regional, construindo o homossexual como um indivíduo perigoso, cuja sexualidade descontrolada ameaçava a coletividade, devendo ser objeto de controle e reparação. Alertas contra os ‘perigos’ da Lei anti-homofobia destacavam o risco de instituições religiosas serem impedidas de afastar “ministros homossexuais” de seu quadro de membros; o perigo da instauração de processos para ‘perseguir’ risco do “extermínio do heterossexual” através da destruição da família brasileira; a explosão de episódios de violência contra heterossexuais, expressão de “heterofobia”.²⁴⁴

Ainda sobre a atuação do Legislativo, especialmente das Frentes Parlamentares Religiosas, Santos entende que, em verdade, existe um *lobby*

²⁴¹ Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

²⁴² CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil Contemporâneo, p. 131-148. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2012, p. 137.

²⁴³ Pastor Silas Malafaia lança hotsite contra a PL 122. **Gospel Prime**. 12 de maio de 2011. Disponível em: <<https://www.gospelprime.com.br/pastor-silas-malafaia-lanca-hotsite-contra-a-pl-122/>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

²⁴⁴ NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Homofobia religiosa e Direitos LGBT: Notas de pesquisa, p. 33-51. **Latitude**, Vol. 07, nº 1. 2013, p. 41.

religioso, que obsta não apenas as discussões legislativas, mas também algumas medidas do Executivo Federal, como o material sobre diversidade sexual e de gênero desenvolvido pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) em 2011, o famoso “kit gay”, que foi suspenso pela então Presidente da República, Dilma Roussef, após pressão dos parlamentares.²⁴⁵ Partilhando desta opinião, leciona Natividade que:

A pesquisa mostrou que a interferência religiosa extrapolava o Legislativo e alcançava os Poderes Judiciário e Executivo. Esse foi o caso da Lei da “Pensão gay”, que tramitou na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, foi aprovada, teve ações no Judiciário e vetos de dois Governadores do Estado cuja identidade religiosa era pública⁹. Do mesmo modo ocorreu com a Lei 3401, que proíbe no Estado do Rio a discriminação por orientação sexual em estabelecimentos, incluindo os vetos no Executivo e ações no Judiciário.²⁴⁶

Baseando-se em uma visão conservadora, os congressistas não apenas da FPE, mas também de outros setores, acabam por obstar avanços legislativos em prol da diversidade sexual e de gênero, bem como outras “questões morais”, impedindo avanços importantes em direção à uma sociedade que leve em conta a vulnerabilidade dos membros da comunidade LGBTI+.

Infelizmente, o horizonte não apresenta melhoras neste sentido. Em consulta ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, a Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família da 56ª legislatura apresenta um total de 213 deputados federais.²⁴⁷ Somados aos membros da FPE da 56ª legislatura que não fazem parte da Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família, tem-se um total de 307 parlamentares que tendem a se posicionar contrariamente aos avanços em pautas de liberdade sexual e de identidade de gênero.²⁴⁸

Sobre o tema, leciona Natividade que

²⁴⁵ SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil, p. 179-212. *Contemporânea*, v. 6, n. 1, 2016, p.181.

²⁴⁶ NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Homofobia religiosa e Direitos LGBT: Notas de pesquisa, p. 33-51. *Latitude*, Vol. 07, nº 1. 2013, p. 39.

²⁴⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família**. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53988>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

²⁴⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=54010>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

Ao atribuir à homossexualidade um caráter ameaçador e lutar contra os direitos das pessoas LGBT, grupos religiosos produzem imagens negativas, apelam a estigmas e estereótipos da diversidade sexual. Construções do gênero e do desejo que sejam destoantes da norma hegemônica são marcadas como diferenças indesejáveis, reiterando a obrigatoriedade da heterossexualidade. O desprezo social dirigido aos LGBT revela processos de formação da identidade que são assentados na valorização de si pelo rebaixamento do outro. Nesse tipo de preconceito, o sujeito desprezado é revestido de temor, pois ele desestabiliza certos valores cultivados.²⁴⁹

O Legislativo Federal não se posiciona, como deveria, e ao não se posicionar ele contribui para as constantes violações de direitos da população LGBTI+. Sabendo dos dados que demonstram o preconceito e seus efeitos, o Congresso Nacional deliberadamente opta por não atuar em favor desta comunidade, um grupo cuja vulnerabilidade no país é internacionalmente reconhecida. Opta-se não por uma política de facilitar a vida de uns em detrimento de outros, mas por uma política que ignora os assustadores dados da violência e, assim, contribui para um extermínio desta população.

Na contramão do legislativo federal, alguns estados da federação têm desenvolvido legislação própria para a proteção dos indivíduos LGBTI+, ainda que apenas uma minoria trate expressamente de identidade de gênero, sendo a maioria destinada especificamente à orientação sexual.

Pioneiro na proteção das pessoas trans foi o estado de São Paulo, cuja Lei estadual de nº 10.948/01 proíbe as práticas discriminatórias contra pessoas trans, lá definidas como “transgênero”. As penas aplicadas são de advertência, multa e suspensão ou cassação da licença estadual para funcionamento.²⁵⁰

Ainda mais abrangente é a Lei estadual nº 11.872/02, do Rio Grande do Sul, que prevê em seu artigo 1º o respeito à igual dignidade da pessoa humana, independente de “orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências

²⁴⁹ NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Homofobia religiosa e Direitos LGBT: Notas de pesquisa, p. 33-51. *Latitude*, Vol. 07, nº 1. 2013, p. 49.

²⁵⁰ SÃO PAULO. Lei nº 10.948 de novembro de 2001. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. **Diário Oficial Executivo do Estado de São Paulo**, 06 de novembro de 2001. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

sexuais”.²⁵¹ Tal como a lei paulista, prevê advertência, multa e suspensão ou cassação da licença estadual para funcionamento.

Importa destacar aqui, também, em razão da omissão legislativa, a atividade do judiciário brasileiro em relação aos direitos LGBTI+.

Nos últimos anos, frente à completa inação do legislativo brasileiro em relação aos direitos dos indivíduos LGBTI+, o Supremo Tribunal Federal se destacou como o principal apoiador desta comunidade. Cita-se, como exemplo, o julgamento da ADPF nº 132 e da ADI 4.277,²⁵² o qual reconheceu a união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente expandido para casamento pela resolução nº 175/2013 do CNJ,²⁵³ ou então a ADI nº 4275,²⁵⁴ na qual o Ministério Público Federal requereu o direito das pessoas trans de alterarem o prenome e sexo no registro civil, mesmo sem a cirurgia de transgenitalização, o qual foi acolhido de forma unânime pelos ministros da corte suprema.

Nesta última, inclusive, importante ressaltar o quão acertado foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, ao não exigir a cirurgia de transgenitalização ou a apresentação de laudo médico, se utilizou do princípio do reconhecimento da identidade de gênero, bastando que o indivíduo manifeste a sua vontade de alterar o gênero nos documentos oficiais.²⁵⁵ Trata-se, pois, de um reconhecimento da identidade e da autodeterminação como elementos fundamentais à dignidade da pessoa humana.

²⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 11.872 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. **Diário Oficial Executivo do Estado do Rio Grande do Sul**, 20 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/11.872.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 de outubro de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

²⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 25 de junho 2019.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 1º de março de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 07 de março de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 de junho 2019.

²⁵⁵ BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal, p.165-182. **Contemporânea**: Revista de Sociologia da UFSCar. v. 4, n. 1. 2014, p. 172.

O Judiciário vem assegurando, no seu papel como guardião da Constituição e dos seus valores, a dignidade da pessoa humana e a igualdade dos indivíduos LGBTI+ frente a um Estado que é heteronormativo, um Estado que historicamente oprime e torna invisíveis aqueles que não se encaixam em um padrão de sexualidade e identidade considerada verdadeira. Tal como defendido por Boaventura de Souza Santos, temos o direito de sermos iguais quando nossas diferenças nos inferiorizam, assim como temos o direito de sermos diferentes quando a igualdade ameaça nos apagar.²⁵⁶

A maior crítica contra a judicialização da política é de que o judiciário estaria usurpando das competências do poder legislativo, uma vez que este é o poder político responsável pela criação de leis. Cittadino, por exemplo, critica o fenômeno, entendendo que

Em um Estado Democrático de Direito, a corte constitucional deve entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como uma guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.²⁵⁷

Contudo, vale lembrar que se trata de um Estado democrático de direito, o qual deve observar uma Constituição e direitos fundamentais, o que eventualmente irá criar tensões com o regime democrático, entre maioria e minoria. Se fosse o caso do judiciário não se envolver em questões políticas, a Constituição não teria lhe proporcionado as ferramentas necessárias para tanto. Neste sentido, leciona Barroso que

Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos

²⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

²⁵⁷ CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia, p. 135-144. **Revista da Faculdade de Direito de Campos** 2 (3), 2002, p. 142.

fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.²⁵⁸

Contudo, ainda que seja um regime democrático, é evidente que não se pode deixar os direitos de minorias nas mãos da maioria. Um claro exemplo disso é o capítulo anterior, em que se demonstrou que o Congresso Nacional jamais aprovou uma lei que fosse benéfica a população LGBTI+, ainda que esta se encontre em uma situação de extrema vulnerabilidade no Brasil atual. Para Barroso

As críticas à divinização da regra majoritária tomam maior relevância se analisados sob a ótica das minorias, de tal sorte que – defende-se – a democracia não pode se assentar estritamente na regra majoritária, mas, também, deve se apoiar na concretização de direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todos nos processos decisórios.²⁵⁹

Sobre o ponto, lecionam também Alves e Oliveira que

O que não se pode deixar de lado, também, é que eventualmente minorias dependerão da vontade das majorias para deliberar sobre direitos que lhe são essenciais, sem que possam, no entanto, vê-los efetivados, porque nem sempre interessa às majorias defender os direitos dos grupos minoritários.²⁶⁰

No que pese a Constituição Federal de 1988 não conter em seu texto a proteção direta deste grupo vulnerável, os princípios gerais e direitos fundamentais nela elencados, que dão força normativa à valores como os da dignidade da pessoa humana e liberdade de expressão, vêm sendo utilizados para dar vida a novos direitos, estes mais específicos na promoção e proteção da vida dos indivíduos LGBTI+.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 17-32. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, n. 13. Madrid: 2009, p. 26.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo. Saraiva: 2009. p. 58.

²⁶⁰ ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias, p. 33-45. **Argumenta Journal Law**, n. 20, 2014, p. 36.

Tal como proposto por Bobbio, os direitos são um produto histórico, nascem e se transformam em determinadas circunstâncias em defesa de novas liberdades.²⁶¹ Os direitos, atentando-se ao espírito da Constituição, devem ser reformulados conforme a própria realidade se modifica historicamente, visando uma maior proteção daquela que é o fim último da Constituição, a pessoa humana.

As normas fundamentais da Constituição Federal tornam inconcebível que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero seja algo possível de existir no Estado brasileiro, ainda que não mencionem expressamente tais formas de discriminação. Os princípios lá consagrados garantem o livre e digno exercício da identidade de gênero e orientação sexual.²⁶²

Ainda, há que ressaltar a importância do apoio do Judiciário no processo emancipatório dos grupos vulneráveis, processo este que se desenrola no próprio processo democrático. Herrera Flores, ao tratar dos direitos humanos, propõe que os vejamos como “processos institucionais e sociais que possibilitem a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana”.²⁶³

No primeiro capítulo, foi proposto que se considerasse a população LGBTQ+ no Brasil como sujeitos à precarização, esta entendida como o não reconhecimento de determinados indivíduos na sociedade como “humanos”. No livro “Corpos em Aliança e política das Ruas”, Butler propõe, como forma de processo emancipatório, exatamente o que o título diz: que os sujeitos em precariedade se unam, tomem o espaço público e se façam ser vistos e ouvidos. Leciona a autora que:

“Embora os corpos na rua estejam vocalizando a sua oposição à legitimidade do Estado, eles também estão, por ocuparem esse espaço e persistirem nele sem proteção, colocando o seu desafio em termos corporais, o que significa que quando o corpo “fala” politicamente não é apenas linguagem vocal ou escrita. A persistência do corpo na sua exposição coloca essa legitimidade em questão, e o faz precisamente por meio de uma performatividade específica do corpo. Tanto a ação quanto o

²⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 5.

²⁶² RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero no direito brasileiro, p. 131-171. In: DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e direitos sexuais: debates e debates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 136.

²⁶³ FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 18.

gesto significam e falam, tanto como ação quanto como reivindicação; um não pode ser finalmente separado do outro”.²⁶⁴

Butler defende que os corpos precarizados coloquem-se sob os holofotes, contestem a ordem e, assim, busquem uma mudança social válida, mudança esta que pode ser impulsionada por um Judiciário atuante na proteção dos grupos vulneráveis. Assevera a autora que:

O objetivo de uma política democrática não é simplesmente estender o reconhecimento igualmente a todas as pessoas, mas, em vez disso, compreender que apenas modificando a relação entre o reconhecível e o irreconhecível (a) a igualdade pode ser entendida e buscada e (b) “o povo” pode se abrir para uma elaboração mais profunda.²⁶⁵

Neste sentido, Carvalho *et al.*, propõe que o Direito, este em constante diálogo com a política e a sociedade, se coloque como instrumento de mudança, de emancipação. Assinalam os autores que:

O Direito não se resume à lei, mas deve ter, sim, um compromisso com a realidade social à qual se destina, devendo a Ciência Jurídica estar comprometida com o homem na procura do bem individual e social, de modo que o bem comum assim não seja apenas por ser de todos, mas porque reverte sobre cada um.

É acentuado, no entanto, que embora seja tarefa essencial ao Direito fixar as linhas das estruturas sociais, ele vem assumindo sempre com maior intensidade uma postura de ordenação de situações conjunturais, o que lhe impregna também de uma função de instrumento implementador de políticas públicas, revelando atualmente o lado funcional do Direito, paralelamente a seu conteúdo estrutural.²⁶⁶

Para os autores, é claro que o Direito é um exercício de poder, um instrumento daqueles que estão no poder, mas é necessária uma aplicação que

²⁶⁴ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 92.

²⁶⁵ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 11

²⁶⁶ CARVALHO, Claudio Oliveira de; MORAES, Ariana Ferreira de Alencar; ROCHA, João Pedro Botelho. Reflexões para um direito emancipatório, p. 61-84. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Ano XI, n. 18, 2016, p. 76.

tenha consciência de que há uma ordem jurídica desigual e que busque, como fim, o aperfeiçoamento e transformação da sociedade.²⁶⁷

Assim, um judiciário ativo se faz de vital importância na proteção e avanços dos direitos das minorias, até porque a democracia não deve, de maneira alguma, se sobrepor aos direitos básicos e inerentes da pessoa humana. Neste sentido, importante se faz o pronunciamento do Ministro Luís Felipe Salomão no relatório do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, que tratava do casamento homoafetivo:

Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissada com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos (STJ – REsp.: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, data de julgamento: 25/10/2011, T4 – QUARTA TURMA, Data de publicação: DJE 01/02/2012).²⁶⁸

Assim, a judicialização de questões envolvendo os direitos LGBT+, que se veem estagnadas no legislativo, são mais do que merecedoras da atenção e atuação do Poder Judiciário, ainda mais quando se leva em consideração a vulnerabilidade dos membros desta comunidade, que ainda tem a sua igualdade contestada. Não se trata de uma violação dos princípios democráticos que regem o Estado brasileiro, mas de uma afirmação de que todos, sejam eles maioria ou minoria, são merecedores dos direitos fundamentais elencados de maneira pormenorizada na Constituição Federal.²⁶⁹

²⁶⁷ CARVALHO, Claudio Oliveira de; MORAES, Ariana Ferreira de Alencar; ROCHA, João Pedro Botelho. Reflexões para um direito emancipatório, p. 61-84. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Ano XI, n. 18, 2016, p. 81.

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

²⁶⁹ RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade, p. 71-100. **Horizontes Antropológicos**, ano 12, n. 26, 2006, p. 94.

Contudo, por mais ampla que seja a proteção dos direitos da comunidade LGBTI+ pelo Judiciário, esta ainda será insuficiente frente à vulnerabilidade deste grupo social cuja opressão histórica reflete nas mais diversas áreas e nos mais diversos sentidos.

3 EM (TRANS)FORMAÇÃO: A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.

3.1 DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA CONTEMPORÂNEA: UMA BREVE INTRODUÇÃO SOBRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.

Os direitos nascem não quando devem, mas quando podem. Nascem, segundo Bobbio, quando o poder do homem e de seus mecanismos criam “novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências”.²⁷⁰ No mesmo sentido, os direitos humanos nascem como uma resposta às ameaças do Estados e dos homens, uma resposta protetiva dos mais fracos contra os mais fortes.²⁷¹

Como demonstrado no capítulo anterior, em uma sociedade cisnormativa e binária, as pessoas trans são abjetas²⁷². Existem fora da categoria de sujeito. Os abjetos vivem à margem da humanidade, do reconhecimento como indivíduo. Vivem, conforme assinala Butler, na zona do inabitável para o sujeito detentor de direitos, o sujeito cuja humanidade é reconhecida.²⁷³

A abjeção, contudo, não é particular apenas às pessoas trans. O *abjeto* deve ser entendido como todos os indivíduos excluídos da área do *sujeito*, área esta que lhes garante a humanidade, o reconhecimento e os direitos.²⁷⁴ Assim, é seguro dizer que a abjeção do indivíduo, a sua retirada forçada da categoria de sujeito inteligível, possui uma íntima relação com o nascedouro dos direitos humanos.

A Segunda Guerra Mundial trouxe em si uma nova forma de política, uma política que não apenas estava interessada na vida dos indivíduos, uma *biopolítica*,

²⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 9.

²⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

²⁷² BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 180.

²⁷³ BUTLER, Judith. **Bodies that matter: on the discursive limits of ‘sex’** New York: Routledge, 2011, p. 13.

²⁷⁴ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 164-165.

mas uma que buscava, efetivamente, a morte de determinados indivíduos, fenômeno este que Agamben optou por chamar de *tanatopolítica*.²⁷⁵

Não se tratava, contudo, de uma política de morte indiscriminada, cujo único objetivo era a matança generalizada. A tanatopolítica impetrada pelo Estado alemão nazista buscava a morte de determinados grupos, grupos estes que eram diferentes dos que se reconheciam como verdadeiros detentores da categoria de sujeito. Buscava-se a eliminação dos *abjetos*, os que não pertencem a lugar algum. Sobre o tema, leciona Arendt:

A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião — fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades — mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los.²⁷⁶

As vítimas do Estado nazista não eram, aos olhos da tanatopolítica, sujeitos detentores de direitos, mas meras criaturas abjetas, sem *status* político, desprovidos de humanidade e, portanto, sujeitas aos horrores perpetrados pelo Estado nazista.²⁷⁷

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, em que o Estado alemão nazista transformou um *biopoder* em um *necropoder* e, assim, ceifou milhões de vidas, o mundo, principalmente o ocidente, viu-se frente a um acontecimento que desafiava a própria humanidade, o próprio gênero humano.^{278, 279} De acordo com

²⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFG, 2002. p. 128.

²⁷⁶ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*. Não paginado.

²⁷⁷ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*. Não paginado.

²⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFG, 2002. p. 128

²⁷⁹ Sobre o genocídio, aponta Lafer que: “É um crime contra a humanidade e a ordem internacional, porque visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano, que Kant pretende preservar falando do direito à hospitalidade universal e apontando que a violação dos direitos de uns alcança a todos”. Em: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 183.

lfe, os direitos humanos surgem, então, como uma tentativa do Ocidente de se redimir pelos horrores perpetrados por uma nação ocidental, a Alemanha, que levou ao máximo a ideia do humanismo ocidental, a busca do homem perfeito na visão eurocêntrica.²⁸⁰

Para Beitz, a adoção de uma ideia global de proteção dos direitos humanos se deu por duas razões distintas: primeiramente, que o reconhecimento internacional dos direitos humanos era necessário à proteção da igual dignidade entre todas as pessoas; e em segundo lugar, a ideia de que o respeito aos direitos humanos era uma condição essencial à manutenção da paz mundial, pois Estados que cometem violações de direitos humanos são mais propícios a ameaçar a paz e segurança internacional.²⁸¹

Nesse contexto, em 1948 nasceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas com 48 votos a favor e 8 abstenções.²⁸² A intenção original era de que a DUDH oferecesse uma proteção ainda maior aos direitos humanos, mas as tensões da Guerra Fria, então em seu auge, dividiram as nações do mundo quanto aos direitos humanos.²⁸³ Vale ressaltar, contudo, que a DUDH não é vinculante entre as partes, não criando uma obrigação para com os Estados signatários.²⁸⁴

Assim, em 1976, após as ratificações necessárias, surgem outros dois instrumentos internacionais de suma importância na proteção dos direitos humanos: O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), mais alinhado aos ideais sustentados pelos Estados Unidos da América, e o Pacto Internacional sobre

²⁸⁰ IFE, Jim. **Human rights from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 76-78.

²⁸¹ BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 19.

²⁸² ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 141.

²⁸³ "The Universal Declaration was meant to precede more detailed and comprehensive provisions in a single convention that would be approved by the General Assembly and submitted to states for ratification. After all, within the prevailing concepts of human rights at that time, the UDHR seemed to cover most of the field, including economic and social rights (see Arts. 22-26) as well as civil and political rights. But during the years of drafting - years in which the Cold War took harsher and more rigid form, and in which the United States strongly qualified the nature of its commitment to the universal human rights regime - these matters became more contentious. The human rights regime was buffeted by ideological conflict and the formal differences of approach in a polarized world. One consequence was the decision in 1952 to build on the UDHR by dividing its provisions between two treaties, one on civil and political rights, the other on economic, social and cultural rights". Em: ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 142.

²⁸⁴ ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 142.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), este alinhado aos ideais da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Os pactos, ao contrário da DUDH, vinculam os Estados-parte, conforme as normas de direito internacional.²⁸⁵

Os direitos protegidos pelo PIDCP, de viés mais liberal, podem ser divididos em cinco grandes categorias: proteção da integridade física do indivíduo; direito a um julgamento justo; igualdade perante a lei; liberdade de opinião, credo e associação; e direito à participação política.²⁸⁶ O PIDESC, por sua vez, requer que os Estados possuam um papel mais ativo na proteção e, principalmente, promoção destes direitos, entendendo também que os Estados possuem um dever progressivo, de perseguir estes direitos, conforme assinalado expressamente no artigo 2.1 do referido instrumento.²⁸⁷

No que pese as distinções entre os instrumentos do sistema global de proteção dos direitos humanos, a DUDH, o PIDCP e o PIDESC, vale ressaltar que a nova era dos Direitos Humanos, iniciada em 1948, se orienta pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Neste sentido, assinala Piovesan que:

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.²⁸⁸

²⁸⁵ ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 158.

²⁸⁶ ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 160-161.

²⁸⁷ Dispõe o artigo 2.1 que: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”. Em: OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

²⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

Assim, no que pese as distinções formais, instrumentais e materiais entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, o entendimento firmado é de que os direitos humanos são, em verdade, uma unidade, indivisíveis, não podendo um existir plenamente sem o outro. Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, como a educação, não se pode falar que existe o livre gozo dos direitos civis e políticos, e o mesmo vale no sentido oposto. Não há que se falar em liberdade sem uma justiça social, e não há que se falar em justiça social sem a liberdade.²⁸⁹

Da mesma maneira, não se pode cair na armadilha de que os direitos civis e políticos exigem apenas obrigações negativas do Estado e os direitos econômicos, sociais e culturais, por sua vez, apenas obrigações positivas. Pela própria universalidade e indivisibilidade inerentes a estes direitos, ambas as classes demandam prestações positivas e negativas do Estado. Por exemplo, não se pode imaginar um direito à propriedade (civil) sem a tutela eficaz do Estado dessa propriedade, que se dá através das forças de segurança e atos normativos.²⁹⁰

Contudo, sua universalidade e indivisibilidade não podem se sobrepor às diferenças que, ao contrário dos ideais utópicos dos direitos humanos, fazem parte do mundo concreto. Estes ideais, obviamente, não podem ser ignorados, uma vez que servem como algo a ser alcançado, mas tampouco devem ser entendidos como algo real e concreto, já alcançado. Afinal, os homens não nascem, ao contrário do proclamado no artigo 1º da DUDH, livres e iguais em dignidade e direitos.

De acordo com Bobbio, a universalidade dos direitos humanos pode ser entendida da seguinte maneira:

são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.²⁹¹

²⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

²⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

²⁹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 18.

Ou seja, são universais num plano ideal, são universais porque se pretende que a universalidade seja alcançada, mas não são universais quando aplicados ao mundo real.

Sua universalidade também não implica em uma aplicação indiferente às inúmeras culturas que compõe a humanidade. Os direitos humanos como conhecemos hoje possuem uma construção bastante eurocêntrica, de modo que tendem a impor a sua visão de “humanidade” aos demais.²⁹² Neste sentido, a crítica de Ife:

Um universalismo ingênuo e acrítico, um universalismo que implica, simplesmente, um único conjunto de direitos humanos para todos, é insustentável. Todas as nossas ideias, incluindo aquelas dos direitos humanos, surgem em um contexto cultural e não podem ser separadas dele. E contextos culturais variam; o que contará como “direitos humanos” será diferente em diferentes contextos culturais, por mais forte que seja o impulso ao universalismo. A ideia de universalidade permanece forte, mas se quer permanecer relevante no mundo contemporâneo, deve ser um universalismo com mais nuances e sofisticado (tradução nossa).²⁹³

Assim, ao invés de se pressupor uma aplicação indiscriminada dos direitos humanos previstos em âmbito global, deve-se prezar por uma aplicação contextual, que leve em consideração a realidade, o contexto em que o indivíduo está inserido. Os direitos humanos, em especial aqueles previstos na DUDH, possuem contornos um tanto genéricos, que os fazem universais, mas também permitem uma aplicação específica, a depender do contexto em que estão inseridos.²⁹⁴

Como resposta aos riscos da utilização dos direitos humanos como ferramenta do que Rajagopal chama de “direito internacional hegemônico”,²⁹⁵ e

²⁹² IFE, Jim. **Human rights from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 93.

²⁹³ “A naïve and uncritical universalism, therefore, which simply implies one set of human rights for all, is untenable. All our ideas, including those of human rights, emerge in a cultural context and cannot be divorced from it. And cultural contexts vary; what will count as ‘human rights’ will inevitably be different in different cultural contexts, however strong the urge for universalism may be. The idea of universality remains strong, but it must be a more nuanced and sophisticated universalism if it is to be relevant to the contemporary world”. IFE, Jim. **Human rights from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 98.

²⁹⁴ IFE, Jim. **Human rights from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p.102.

²⁹⁵ Leciona o autor que: “The alternatives include the growth of regional international law, which provides a counter-balance to the hegemonic international law. The developments in the Inter-American system provide some hope of this actually happening, if the political dynamism of that system could be buttressed by better-performing regional economic arrangements such as

também em busca de uma aplicação mais próxima e, conseqüentemente, mais efetiva, surgem os sistemas regionais de direitos humanos, a saber: o europeu, o americano e o africano.

Insta ressaltar que tais sistemas regionais, ao contrário do que poderia se pensar, não são conflitantes com o sistema universal, tirando-lhe a razão de existir, mas complementares, suprimindo lacunas e criando um leque ainda maior de tutela dos direitos humanos, sendo a maior efetividade e maior acessibilidade as vantagens mais importantes dos sistemas regionais. Assevera Piovesan que:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou, ainda, de alcance geral ou especial. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos²⁹⁶.

De maior importância para o presente estudo, contudo, é o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujos contornos iniciais podem ser encontrados na Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, esta de caráter não vinculativo.

Ainda que não tenham instituído, de fato, um sistema de proteção, os referido documentos firmaram as bases iniciais para a proteção dos direitos humanos no continente. O primeiro parágrafo da Carta da OEA, por exemplo, assinala que “a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um

Mercosur”. RAJAGOPAL, Balakrishnan. Counter-hegemonic International Law: rethinking human rights and development as a Third World Strategy, p. 767-783. **Third World Quarterly**, vol. 27, no. 5. 2006, p. 780.

²⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações”.²⁹⁷

A Carta da OEA também traz várias menções aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelecendo que os direitos e deveres dos Estados signatários deveriam se orientar em respeito a tal princípio. Ainda, em seu artigo 106, o documento traz a previsão de uma futura Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que teria como função “promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”.²⁹⁸

Quanto à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, lecionam Quiroga e Rojas que:

A adoção da Declaração foi precedida de um árduo debate, tanto em relação à sua natureza jurídica quanto à maneira de proteger os direitos humanos ali consagrados. O estado muito inicial de desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos impediu que os Estados que formariam a Organização dos Estados Americanos adotassem uma convenção internacional que produzisse obrigações para os Estados Partes e que estabelecesse um mecanismo internacional para monitorar o cumprimento dessas obrigações. A maioria dos Estados estava inclinada a adotar apenas uma declaração, isto é, um documento que conteria um conjunto de princípios para orientar a conduta dos Estados no campo dos direitos humanos, mas que não estabeleceria obrigações vinculativas para os signatários. Isso naturalmente determinou a decisão de não criar um mecanismo internacional para a proteção dos direitos nela incorporados (tradução nossa).²⁹⁹

²⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm>>. Acesso em: 18 de julho.

²⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm>>. Acesso em: 18 de julho.

²⁹⁹ “La adopción de la Declaración fue precedida de un arduo debate, tanto respecto de su naturaleza jurídica como del modo de proteger los derechos humanos que allí se consagrarían. El muy incipiente estado de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos impidió que los Estados que conformarían la Organización de Estados Americanos adoptaran una convención internacional que produjera obligaciones para los Estados partes y que estableciera un mecanismo internacional para el control del cumplimiento de estas obligaciones. La mayoría de los Estados se inclinó por adoptar sólo una declaración, es decir, un documento que contendría un conjunto de principios para guiar la conducta de los Estados en el ámbito de los derechos humanos, pero que no establecería obligaciones vinculantes para los firmantes. Esto determinó, naturalmente, la decisión de no crear un mecanismo internacional para la protección de los derechos en ella incorporados”. QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 14-15.

Por falta de um organismo efetivo na promoção dos direitos humanos, o Sistema Interamericano demorou a entrar em movimento, o que somente ocorreu com a adoção da Resolução VIII, na Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em 1959, oportunidade esta em que se estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A referida resolução determinou a criação da CIDH, que seria composta por sete membros, elegidos pelo Conselho da Organização dos Estados Americanos (OEA). À CIDH caberia promover a consciência dos direitos humanos nos povos da América; formular recomendações aos governos dos Estados; formular estudos e informes que considere convenientes ao desempenho das suas funções; solicitar informações dos Estados; assessorar a OEA quanto ao respeito dos direitos humanos.³⁰⁰

Schutter dá especial destaque ao poder da CIDH de analisar comunicações individuais, bem como ao de ter a competência para preparar relatórios contendo suas opiniões sobre a atuação dos Estados em relação aos direitos humanos, inclusive aqueles países que são apenas membros da OEA e que reconhecem a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o que gera debates sobre o caráter vinculativo ou não do referido documento.³⁰¹

Mas foi somente em 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, que o Sistema Americano de Direitos Humanos deu um salto em direção à proteção efetiva das pessoas e povos da América com a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a qual somente entrou em vigor em 1978, quando do depósito da décima primeira ratificação. A CADH instituiu também a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH), órgão dotado de capacidade

³⁰⁰ QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección**. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 15-16.

³⁰¹ "The powers of the Commission were significantly enhanced in 1965 when it received the competence to examine individual communications, and to prepare on that basis a report containing its opinion as to whether or not the State concerned had violated its human rights obligations. This power remains of significance today, since it allows the Commission to adopt opinions on alleged violations committed by OAS Member States that (such as the United States or Canada) are not parties to the American Convention on Human Rights. The enlargement of the powers of the Commission significantly raised the stakes of the debate about whether or not the Declaration should be treated as having a binding status". SCHUTTER, Olivier de. **International Human Rights Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 921.

jurisdicional e cujas decisões são vinculativas aos Estados partes, ultrapassando em muito o papel de consultoria, por assim dizer, da CIDH.

Sobre o Sistema Interamericano, leciona Piovesan:

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, acolhida por 24 Estados, traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.³⁰²

Ainda que tenha sido redigida nos moldes da DUDH e da CEDH, a CADH possui características muito próprias, adaptadas ao contexto americano da época, bastante diferente dos regimes democráticos há muito consolidados na Europa. Ainda, há que se ressaltar o enorme abismo econômico, social e cultural ainda existente nos países americanos, em especial os da América Latina. Todos esses fatos se apresentam como entraves bastante contundentes na realização dos direitos humanos no continente.³⁰³ Sobre o tema, lecionam Quiroga e Rojas:

A história das ditaduras e violações maciças e sistemáticas nas Américas - mesmo dentro dos regimes eleitos que buscaram cumprir as exigências do sistema de democracia representativa e respeito aos direitos humanos -, juntamente com a difícil situação econômica na região, para as profundas diferenças de classe, educação e outros, não parecem constituir o contexto apropriado para que um mecanismo essencialmente legal funcione efetivamente (tradução nossa).³⁰⁴

³⁰² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

³⁰³ Leciona Piovesan que: “A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos demanda sejam considerados o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades da região. Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico”. Em: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

³⁰⁴ “La historia de dictaduras y de violaciones masivas y sistemáticas en el continente americano – incluso dentro de regímenes elegidos y que pretendían cumplir con las exigencias del sistema de democracia representativa y del respeto a los derechos humanos–, unida a la difícil situación económica de la región, a las profundas diferencias de clase, de educación y otras, no parecen constituir el contexto adecuado para que un mecanismo esencialmente legal funcione de manera

Tais obstáculos, segundo leciona Piovesan, implicam em dois grandes desafios que fazem frente à efetividade do Sistema Interamericano: romper com legado ditatorial que ainda aflige grande parte das nações americanas, inclusive as que hoje adotam o regime democrático, e consolidar aqui o regime democrático e o regime dos direitos humanos, institutos um tanto estranhos aos povos da América Latina. Para a autora, o regime democrático é essencial à realização dos direitos humanos, sejam eles civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, assim como a realização desses direitos é também essencial à consolidação do regime democrático.³⁰⁵

Ainda, com o alvorecer da democracia no continente, muitos dos governos eleitos demonstraram uma certa resistência nas atividades desempenhadas pela CIDH e CoIDH.

A CADH pode ser dividida em duas grandes partes: a primeira é a substantiva, donde consta um amplo catálogo de direitos humanos reconhecidos pelo documento. Tratam-se de direitos e liberdades civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; das obrigações dos Estados frente aos direitos ali assegurados; das cláusulas de suspensão dos direitos, de interpretação e deveres dos titulares dos direitos ali assegurados. A segunda parte, orgânica, trata da organização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em especial de seus órgãos, a CIDH e a CoIDH.³⁰⁶

Nota-se, assim, a clara orientação da CADH em direção aos demais tratados internacionais de direitos humanos, assegurando um amplo rol de direitos civis e políticos, mais especificados, e também assegurando os direitos de caráter social, econômico ou cultural, ainda que não de maneira taxativa, deixando-os em uma *cláusula em branco*, para todos os efeitos.

eficaz". QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 17-18.

³⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

³⁰⁶ QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 17.

Segundo Fachin, os direitos humanos sociais, econômicos e culturais no Sistema Interamericano ainda estão em seu alvorecer, havendo “traços bastante aproximados dos delineamentos do direito ao desenvolvimento”.³⁰⁷ Assinala a autora que:

Contudo, haja vista os limites estreitos da normatividade interamericana, centrada em direitos civis e políticos, não há qualquer referência ao direito ao desenvolvimento humano mantendo-se dentro da linguagem normativa trazida pelo Pacto de San José, mas interpretando-a de modo dinâmico e evolutivo.³⁰⁸

Conforme prevê o parágrafo primeiro do artigo 1º da CADH, os direitos ali assegurados destinam-se à todas as pessoas sujeitas à jurisdição dos Estados Partes, “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.³⁰⁹ Em seguida, em seu parágrafo segundo, o mesmo artigo estabelece que pessoa é todo ser-humano, retirando, assim, a possibilidade de proteção de pessoas jurídicas pelo sistema, apesar de haver exceções.³¹⁰

Outro ponto de extrema importância no artigo 1º é o que trata das obrigações dos Estados Partes: o de respeitar os direitos e a liberdades reconhecidos na Convenção.³¹¹ A obrigação de respeitar *exige* que os Estados e seus agentes se

³⁰⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 475.

³⁰⁸ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 475-476.

³⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

³¹⁰ Lecionam Quiroga e Rojas que: La posición asumida por la Convención deja fuera del campo de protección a las personas jurídicas. Si bien la Convención es clara en esta materia, la Comisión Interamericana acogió a tramitación una causa en que la víctima era una persona jurídica. Así ocurrió en un caso seguido en contra de Paraguay, en el cual la Comisión determinó que había una violación a la libertad de expresión, en perjuicio de Radio Ñandutí, toda vez que al sufrir diversos actos de interferencia dicha estación de radio debió cerrar al no ser sustentable económicamente, con el consecuente perjuicio económico para la empresa y sus empleados. Esta postura no parece haberse repetido. La Corte, por el contrario, no ha aceptado reclamaciones entabladas a favor de personas jurídicas.” QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 18-19.

³¹¹ “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua

abstenham de violar os direitos ali assegurados, enquanto que a obrigação de garantir *exige*, igualmente, que o Estado e seus agentes tomem as diligências necessárias de modo a assegurar a todas as pessoas o verdadeiro gozo dos direitos ali assegurados³¹². Sobre o tema, leciona Piovesan que:

Ao acolher o sistema interamericano, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. *O Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária*. É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (grifo nosso)³¹³.

Os Estados possuem, frente à CADH, o dever *primário* de respeitar, garantir e promover os direitos humanos assegurados no documento, sendo eles os principais responsáveis pelo gozo efetivo dos direitos humanos, até por serem os mais capacitados e efetivos para atuar frente às violações, restando ao Sistema Interamericano uma responsabilidade subsidiária de proteção, atuando nos casos em que o Estado se mostrou incapaz de proteger os direitos assegurados.

Enquanto que o dever de respeitar implica essencialmente em obrigações negativas do Estado, sendo esse um entendimento já bastante firmado no direito internacional dos direitos humanos, o dever de *garantir* o gozo dos direitos humanos levantou algumas questões, as quais foram dirimidas já quando do primeiro julgamento da CoIDH, o caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, julgado em julho de 1988³¹⁴. Os parágrafos 166 e 167 do referido julgamento estabelecem que:

jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Em: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

³¹² QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 19.

³¹³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

³¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença em 29 de julho de 1988. Disponível em:

166. A segunda obrigação dos Estados-partes é a de “garantir” o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção para toda pessoa sujeita a sua jurisdição. *Esta obrigação implica o dever dos Estados-partes de organizar todo o aparelho governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais manifesta-se o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.* Como consequência desta obrigação, os Estados-partes devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ainda, o restabelecimento, se possível, do direito transgredido e, no caso, a reparação dos danos ocasionados pela violação dos direitos humanos.

167. A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de um decreto normativo dirigido para tornar possível o cumprimento desta obrigação, mas sim que compartilhe a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos (grifo nosso) (tradução nossa).³¹⁵

Logo, fica claro que mais do que se abster de violar os direitos humanos, é um dever do Estado em se organizar de modo a impedir a violação dos direitos humanos por terceiros e, assim, permitir o efetivo gozo dos direitos assegurados na CADH. Neste exato sentido, lecionam Quiroga e Rojas:

Em relação aos direitos humanos, o Estado, portanto, não pode se limitar a não incorrer em violação de tais direitos, mas também deve tomar ações positivas. Essas ações serão todas aquelas necessárias para permitir que todos os habitantes sujeitos à jurisdição desse Estado exerçam e gozem de seus direitos humanos.

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

³¹⁵ “166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. 167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença em 29 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

Nessa perspectiva, a primeira obrigação do Estado é assegurar que os padrões internacionais operem dentro de sua jurisdição. Isso pode ser feito pelos meios que julgar mais convenientes: incorporação de tais normas ou emissão de normas internas que as reproduzam. Também, é claro, você deve fazer uma revisão cuidadosa de sua legislação interna, a fim de eliminar quaisquer discrepâncias que possam existir entre ela e os padrões internacionais, ou seja, você deve fazer um processo de adaptação (tradução nossa).³¹⁶

O dever de garantia, inclusive, possui reflexos já no artigo subsequente da CADH, que dispõe sobre o dever de adotar disposições de direito e interno, de modo a tornar efetivos os direitos e liberdades assegurados no instrumento.³¹⁷ O Estado possui o dever, portanto, de adotar as medidas necessárias para a existência real de direitos humanos, não bastando meras formalidades sem efeitos reais no exercício desses direitos.

Quanto à CoIDH, órgão de caráter jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, esta é composta por sete juízes, nacionais dos Estados membros e eleitos pela OEA. Quando da elaboração da CADH, foi permitido aos Estados a faculdade de aderir ou não à jurisdição da corte, a qual, em caso positivo, será obrigatória e de pleno direito, conforme estabelecido no artigo 62 do referido documento.

Ao contrário da CIDH, que permite a petição direta por parte de indivíduos, a CoIDH, diferentemente das Cortes Europeia e Africana, não permite que o indivíduo

³¹⁶ “En materia de derechos humanos el Estado, por lo tanto, no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas. Estas acciones serán todas aquéllas necesarias para posibilitar que todos los habitantes sujetos a la jurisdicción de ese Estado puedan ejercer y gozar sus derechos humanos. Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción. Esto podrá hacerse por el medio que le parezca más conveniente: incorporación de dichas normas o dictación de normas internas que las reproduzcan. También, naturalmente, deberá hacer una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales, es decir, deberá hacer un proceso de adecuación de la misma”. QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección**. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 20.

³¹⁷ Dispõe o artigo 2º da Convenção: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 18 de julho de 2019.

peticione diretamente, podendo os casos contenciosos serem submetidos apenas pelos Estados Partes e pela Comissão. Por não delimitar a expressão “Estados Partes”, a doutrina, como Quiroga e Rojas, entendem que *qualquer* Estado Parte pode peticionar perante a Corte, independente de estar diretamente relacionado com o caso ou não, uma vez que a CADH “estabelece uma ordem pública internacional, sendo a sua manutenção do interesse de todos os Estados Partes (tradução nossa)”.³¹⁸

Independente de terem reconhecido ou não a competência, o parágrafo primeiro do artigo 64 estabelece que os Estados membros da OEA podem consultar a CoIDH quanto à interpretação da CADH, bem como de outros tratados concernentes à tutela dos direitos humanos nos Estados da OEA, sendo esta função consultiva da Corte. Schutter entende que tal competência, ainda que possa não possuir um caráter vinculativo, é de extrema importância no avanço da tutela dos direitos humanos, uma vez que as opiniões consultivas (OCs) ajudam a solidificar determinados entendimentos e a observância da CADH.³¹⁹

Quanto aos Estados Parte que se submeteram à jurisdição da CoIDH, estes, pelo parágrafo primeiro do artigo 68 da CADH, devem obrigatoriamente respeitar as decisões nos casos em que forem partes, criando, assim, uma obrigação de caráter vinculativo na proteção dos direitos humanos.³²⁰

Outro ponto importante para o presente trabalho no exercício da competência da CoIDH, que vale ser ressaltado e será abordado mais a fundo nas páginas vindouras, é aquele previsto no parágrafo terceiro do artigo 62, que estipula a

³¹⁸ “Puesto que la Convención Americana establece un orden público internacional, que está en el interés de todos los Estados partes mantener” QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 79.

³¹⁹ “One function of the Court is to deliver advisory opinions ‘regarding the interpretation of [the ACHR] or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states’, at the request of the OAS Member States or of the organs established under the OAS Charter (Art. 64(1) ACHR); the Court may also provide any OAS Member State, at its request, with ‘opinions regarding the compatibility of any of its domestic laws with the aforesaid international instruments’ (Art. 64(2) ACHR). In practice, this advisory competence has proved of great importance, as illustrated by the references made in this volume to a number of advisory opinions delivered by the Inter-American Court”. SCHUTTER, Olivier de. **International Human Rights Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 927.

³²⁰ Dispõe o artigo 68: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

competência exclusiva da CoIDH quanto à interpretação e aplicação das disposições da CADH, desde que reconhecida a sua competência jurisdicional.³²¹

Os casos submetidos à CoIDH podem terminar por sobrestamento, se houver uma desistência de prosseguir com a ação por parte do demandante; se houver uma aceitação do que foi demandado por parte do Estado; por solução amistosa e, por fim, por sentença, a qual, pelo artigo 67, é definitiva e inapelável. Em até 90 dias da prolação da sentença as partes podem solicitar uma interpretação desta, no caso de desacordo sobre o seu sentido e alcance, dando mais precisão ao que foi determinado.³²²

Quiroga e Rojas destacam que a Corte Interamericana enfrenta uma certa resistência por parte dos países signatários, bem como uma falta de apoio por parte da OEA, encontrando dificuldades para implementar suas decisões.³²³

Contudo, é preciso compreender que ordem internacional atual, influenciada pela internacionalização dos direitos humanos, não mais se orienta apenas pelas relações entre os Estados, colocando a soberania destes acima de todos os outros interesses em jogo.

³²¹ Segundo o dispositivo: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

³²² QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 90

³²³ Lecionam os autores que: “El artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes. Esto permite a la Asamblea discutir el caso y adoptar una resolución al respecto. Hasta ahora, la Asamblea General no ha ejercido esta función, a pesar de que la Corte provee la información a la Asamblea de manera regular. La carencia de voluntad política de los Estados para cumplir con su deber de contribuir al respecto del orden internacional en materia de derechos humanos puede observarse en toda su magnitud con lo ocurrido con Perú, Estado que en el año 1999 anunció expresamente que no cumpliría con una sentencia dictada por la Corte (Caso Castillo Petrucci), para luego proceder al retiro de su reconocimiento de la competencia de la Corte para conocer las denuncias individuales, el que, según su propia interpretación, debía tener efectos inmediatos para todos los casos pendientes ante la Corte. Si bien la Corte rechazó ambas medidas, no hubo pronunciamiento alguno sobre estas materias por los órganos políticos del sistema. Esta es una falla severa del mecanismo regional de protección a los derechos humanos”. Em: QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 92-93.

O novo direito internacional busca trazer novos atores ao palco principal, como indivíduos e a sociedade civil, criando assim uma democratização do direito internacional como um todo e, especificamente, do sistema internacional de direitos humanos.³²⁴ Neste sentido, ministra Bobbio:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos.³²⁵

Também os próprios direitos humanos, tal como o direito internacional, estão em evolução. Os direitos humanos são, nas palavras de Bobbio, variáveis em constante modificação, acompanhando as condições históricas da própria sociedade, impondo à comunidade internacional o desafio de manter tais direitos atualizados.³²⁶

O mesmo se aplica à CADH, que deve buscar a real e integral proteção dos direitos humanos nas Américas, devendo ser interpretada de modo a dela se retirar um efeito concreto.³²⁷ Tal abordagem será abordada de maneira mais aprofundada nas páginas que se seguem.

A Convenção determina de maneira expressa, inclusive, em seu artigo 29, que trata das regras de interpretação aplicáveis no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada de

³²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

³²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 18.

³²⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 13, 21.

³²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, p. 1-9 In PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 2.

modo a limitar ou excluir o gozo e exercício de qualquer dos direitos ali assegurados.³²⁸

Os atuais mecanismos de proteção dos direitos humanos, no que pese a sua devida importância, foram criados já há alguns anos e precisam se adaptar para proteger os novos direitos humanos, que nascem, precisamente, das novas ameaças apresentadas pelos Estados e indivíduos contra aqueles que são oprimidos.³²⁹

3.2 O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E SUA APLICABILIDADE NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Os direitos humanos são uma conquista que resulta “dos fatos históricos que tornaram politicamente viável e intelectualmente razoável a *powerful eloquence* que anima a tutela dos direitos humanos”.³³⁰ Sendo uma conquista que possui íntima relação com os fatos históricos que a procederam, uma constante luta, negociação e renegociação, não seria um tanto quanto ingênuo acreditar que os inúmeros tratados de direitos humanos firmados no século passado, por mais importante que fossem e ainda são, continuam atuais nos dias de hoje, em que novos desafios se apresentam frente às normas de proteção dos direitos humanos?³³¹

Em 1975, quando da comemoração dos 25 anos da CEDH, Max Sørensen, então juiz da Corte Europeia, proferiu um discurso cujo título levantava a seguinte

³²⁸ Neste sentido, leciona Lixinski: The American Convention on Human Rights has a specific provision dedicated to rules of interpretation. More specifically, Article 29 determines the ways in which the American Convention should not be interpreted. It precludes interpretations which would allow for the restriction of rights protected in the Convention (except within the limits set by the Convention) or rights ‘inherent in the human personality’. More importantly for our purposes, it precludes interpretations which generally restrict the enjoyment of rights recognized in municipal law or other international treaties”. Em: LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law, p. 585-604. **The European Journal of International Law**, Vol. 21, n. 3, 2010, p. 587.

³²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

³³⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 124-125.

³³¹ IFE, Jim. **Human rights from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 76.

questão: Os direitos elencados na CEDH em 1950 possuem a mesma importância em 1975?³³²

Para auxiliar na elucidação da questão, Sørensen apresentou vários pontos, dentre eles as mudanças sociais e econômicas ocorridas na Europa no período pós-guerra, a incapacidade do processo dos tratados de acompanhar as evoluções da sociedade e a atividade interpretativa da Corte Europeia como uma forma de manter a tutela dos direitos humanos relevante no continente europeu.³³³ Sua conclusão, afinal, foi a de que a CEDH deveria ser um instrumento vivo, em constante evolução e adaptação, sob pena de se tornar um instrumento desprovido de efetividade.³³⁴

Fundadas as bases para uma interpretação evolutiva (ou dinâmica) da CEDH, em 1978 a Corte Europeia proferiu seu primeiro julgamento em que foi utilizada essa nova teoria, no caso *Tyrer vs. Reino Unido*.³³⁵ Então com 15 anos, Anthony Tyrer, residente na Ilha de Man, foi condenado a três golpes de vara, de acordo com a lei local.

O requerente, em sua petição junto à Comissão Europeia de Direitos Humanos (ainda existente à época dos fatos), argumentou que a punição havia violado a CEDH nos seguintes artigos: Artigo 3º, que proíbe a tortura e a aplicação de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes; artigo 8º, que protege o direito à vida privada e familiar; artigo 13º, que estabelece a obrigatoriedade de existir um recurso efetivo; o artigo 14º, que proíbem a discriminação; e, por fim, o artigo 1º, da obrigação geral de respeitar os direitos humanos.³³⁶

A adoção do princípio da interpretação evolutiva se deu quando da análise da violação do artigo 3º, especificamente no parágrafo 31, em que o requerente

³³² SØRENSEN, Max. "Do the rights set forth in the European Convention on Human Rights in 1950 have the same significance in 1975?" *Apud* DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 276.

³³³ DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 276-277.

³³⁴ "Asserting first that 'attitudes are no longer rigid', his conclusion opens with the sentence: 'the European Convention on Human Rights is a living legal instrument'." DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 277.

³³⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Tyrer v. The United Kingdom**. Application no. 5856/72. Judgement in 25th April, 1978. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]})>. Acesso em: 19 de julho.

³³⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 19 de julho.

sustentava ter sido vítima de pena desumana ou degradante. Na defesa, o Advogado-Geral da Ilha de Man sustentou que a pena em análise não era degradante ou desumana, uma vez que sequer causou comoção na população da ilha, já acostumada à pena, ao qual a Corte entendeu ser indiferente a tradição e ideia da ilha sobre a crueldade da referida pena e entendeu ter havido uma violação do artigo 3º.³³⁷ Complementou a Corte que:

[...] A corte deve se lembrar, ainda, que a Convenção é um instrumento vivo, como sublinho com razão a Comissão, e deve ser interpretada à luz das condições atuais. No caso em tela, a Corte não pode deixar de ser influenciada pelos desenvolvimentos e padrões comumente aceitos na política penal dos Estados Parte do Conselho da Europa (tradução nossa).³³⁸

A decisão, contudo, não foi unânime. Sir Gerald Fitzmaurice apresentou uma opinião separada, em que crítica o quão vago foi o entendimento da Corte quanto ao que era considerado “degradante” ou “inumano”.³³⁹ Marochini também critica a utilização do princípio da interpretação evolutiva no referido caso, entendendo que a Corte foi, tal como sustentado por Sir Geral Fitzmaurice, bastante *inexata* nos contornos da ideia da CEDH como um instrumento vivo. Segundo a autora:

³³⁷ “31. The Attorney-General for the Isle of Man argued that the judicial corporal punishment at issue in this case was not in breach of the Convention since it did not outrage public opinion in the Island. However, even assuming that local public opinion can have an incidence on the interpretation of the concept of “degrading punishment” appearing in Article 3 (art. 3), the Court does not regard it as established that judicial corporal punishment is not considered degrading by those members of the Manx population who favour its retention: it might well be that one of the reasons why they view the penalty as an effective deterrent is precisely the element of degradation which it involves. As regards their belief that judicial corporal punishment deters criminals, it must be pointed out that a punishment does not lose its degrading character just because it is believed to be, or actually is, an effective deterrent or aid to crime control. Above all, as the Court must emphasise, it is never permissible to have recourse to punishments which are contrary to Article 3 (art. 3), whatever their deterrent effect may be”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Tyrer v. The United Kingdom**. Application no. 5856/72. Judgement in 25th April, 1978. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]}>)>. Acesso em: 19 de julho.

³³⁸ “[...] The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Tyrer v. The United Kingdom**. Application no. 5856/72. Judgement in 25th April, 1978. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]}>)>. Acesso em: 19 de julho..

³³⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Tyrer v. The United Kingdom**. Application no. 5856/72. Judgement in 25th April, 1978. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]}>)>. Acesso em: 19 de julho.

Não houve referência ao direito penal dos Estados Partes, nenhum estudo comparativo sobre castigos corporais e nenhuma tentativa de estabelecer normas comuns dos Estados-Membros para abolir a punição corporal. Em nenhum lugar do julgamento pode-se ver por que a Corte começou a usar a doutrina do instrumento vivo e qual a justificativa da Corte para fazê-lo. Talvez, se a Corte no início do uso dessa doutrina explicasse quando e como seria usada, ou seja, a tivesse justificada teoricamente, hoje em dia não nos depararíamos com inúmeras discrepâncias (tradução nossa).³⁴⁰

Em contrapartida, Djefal entende que a utilização do princípio da interpretação evolutiva no caso *Tyrer vs. Reino Unido* foi bastante inteligente, uma vez que se tratava de um caso relativamente fácil e pouco polêmico, onde o princípio poderia ser inserido sem muita balbúrdia sobre o tema. Assinala o autor que:

Em primeiro lugar, a punição corporal judicial foi literalmente abolida em todo lugar, exceto por uma pequena ilha com cerca de 45.000 habitantes. Portanto, a decisão quase não teve efeitos ou consequências para qualquer sistema jurídico, nem mesmo no Reino Unido. A Corte foi inteligente o bastante para formular a questão como uma questão de *equilíbrio* e não de *interpretação*: ela não tentou estabelecer um significado para os termos "degradante" ou "humilhação". Ele olhou para as questões específicas do caso para decidir se uma violação do art. 3 da CEDH havia ocorrido. Isso também significava que tal precedente poderia ser limitado para outras decisões, com base mera diferença nos fatos do caso (grifo nosso) (tradução nossa).³⁴¹

O autor entende, portanto, como algo positivo que a interpretação evolutiva da CEDH tenha sido inserida de uma maneira discreta e por vias quase que marginais, colocando a questão em um debate de *equilíbrio*, comparando a legislação dos

³⁴⁰ "There was no reference to Member States' criminal law, no comparative study on corporal punishment and no attempt to establish common standards of Member States in abolishing corporal punishment. Nowhere in the judgment can one see why the Court started using the living instrument doctrine and what is the Court justification doing so. Maybe, if the Court at the beginning of its use of this doctrine explained when and how it will be used i.e. theoretically justified it, nowadays we wouldn't be faced with numerous discrepancies". MAROCHINI, Maša. The interpretation of the European Convention on Human Rights, p. 63-84. **Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu**, vol. 51, 2014, p. 78.

³⁴¹ "First of all, judicial corporal punishment was literally abolished everywhere except for a small island with around 45,000 inhabitants. So the decision had almost no effects or consequences for any legal system, not even in the United Kingdom. The Court was clever enough to frame the question as an issue of balancing and not interpretation: It did not really try to establish a meaning of the terms 'degrading' or 'humiliation'. It looked at the specific issues of the case to decide whether a breach of Art. 3 ECHR was warranted. This also meant that the precedential value for other decisions could be limited by the mere difference in the facts of the case." DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 303-304.

vários países membros à época do Conselho da Europa, ao invés de *interpretação* e, assim, evitando confrontos já no início da aplicação do referido princípio.

O que fica claro do caso *Tyrer vs. Reino Unido*, perceptível de forma unânime na opinião de ambos os autores citados acima, é que o princípio da interpretação evolutiva não foi apresentado sobre bases teóricas firmes, sendo, inclusive, mencionado apenas na parte final do parágrafo 31 e de forma muito sucinta. Assim, quais seriam as bases teóricas para tal teoria?

Ainda que possuam um regime especial e princípios próprios, os tratados de direitos humanos, como acordos firmados entre Estados soberanos, pertencem à ordem internacional e somente existem quando se adequam às normas e princípios de direito internacional. Assim, atentando-se à ordem jurídica internacional, as interpretações dos tratados de direitos humanos devem se orientar conforme as normas estipuladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).³⁴²

De acordo com McGrogan, a observância das normas de direito internacional pelo regime internacional de direitos humanos tem como objetivo fortalecer este, conferindo-lhe a legitimidade necessária para que os Estados aceitem as obrigações advindas e, assim, evitando uma marginalização e completa inutilidade dos direitos humanos.³⁴³

A CVDT, concluída em maio de 1969, estabelece as normas vigente no direito internacional sobre o direito dos tratados, como expressões, obrigações, poderes, ratificação e, de especial relevância para a presente dissertação, interpretação dos tratados, de acordo com o disposto entre os artigos 31 e 33. Sobre a importância da interpretação a ser desenvolvida pelo órgão judicial ou *quasi* judicial, leciona Lo:

Assim, as funções e propósito da interpretação do tratado são múltiplos: Quando um juiz encontra termos objetivamente ou subjetivamente incertos e vagos, seu papel é remover o ponto vago do tratado, para que as partes em disputa possam seguir regras claras. *Quando o adjudicador encontra uma incompletude que cria uma lacuna entre as regras e os assuntos*

³⁴² McGROGAN, David. On the interpretation of human rights treaties and subsequent practice, p. 347-378. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 32, n. 4, 2017, p. 349-350.

³⁴³ McGROGAN, David. On the interpretation of human rights treaties and subsequent practice, p. 347-378. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 32, n. 4, 2017, p. 349-350.

*regulamentados, seu papel é interpretar as regras de modo a remover tal lacuna (grifo nosso) (tradução nossa).*³⁴⁴

Logo, a atividade de interpretação se mostra essencial ao cumprimento dos tratados e manutenção das relações entre Estados e demais sujeitos da ordem internacional, uma vez que dirime dúvidas e permite que estes sujeitos cumpram com o acordado, além de preencher eventuais lacunas que possam surgir quando da operação dos tratados, especialmente quando estes se utilizam de termos vagos, amplos ou incertos.

O primeiro parágrafo do artigo 31 estabelece a regra geral para interpretação de tratados, dispondo que “um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Os parágrafos seguintes determinam que também deverá ser levado em consideração quando da interpretação do tratado o contexto, acordos posteriores, prática subsequente e quaisquer outras regras de Direito Internacional aplicáveis entre as partes.^{345, 346}

³⁴⁴ “Hence, the functions and purposes of treaty interpretation are multiple: When an adjudicator encounters the objectively or subjectively uncertain and vague disputed terms or provisions, his/her role is to remove the unclear and vague aspect of the treaty so that the disputing parties can follow clear rules. When the adjudicator encounters incompleteness which create a gap between the rules and the regulated subject matters, his/her role is to interpret the rules so as to remove the gap or loophole”. LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties**: a new round of codification. Singapore: Springer Nature, 2017, p. 12.

³⁴⁵ Dispõe o artigo que: “1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”. Em: BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

³⁴⁶ MCGROGAN, David. On the interpretation of human rights treaties and subsequent practice, p. 347-378. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 32, n. 4, 2017, p. 351-352.

Assim, como regra geral, temos que o tratado deve ser interpretado em observância à boa-fé, ao sentido comum dos termos, ao contexto e, por fim, à luz do seu objetivo e finalidade.

Ainda que devam observar as normas operantes do direito internacional, as normas de direitos humanos possuem um caráter próprio de interpretação, uma vez que se a sua interpretação ficasse a cabo apenas dos os Estados, que via de regra são os autores das violações, estes obviamente optariam pela operação menos onerosa. Neste sentido, leciona McGrogan:

A primeira razão é que os tratados de direitos humanos são diferentes de outros tratados, por razões que já exploramos: o próprio Comitê de Direitos Humanos (CDH) manifestou a opinião de que as regras da CVDT sobre reservas são "inapropriadas" no contexto dos direitos humanos (embora essa observação seja dificilmente incontroversa), e os estudiosos têm frequentemente argumentado que a natureza separada dos tratados de direitos humanos exige uma abordagem diferente da interpretação. Não se pode confiar aos Estados Partes a responsabilidade de interpretar os termos dos tratados, devido à sua própria natureza especial: os Estados Partes teriam obviamente todo incentivo para interpretar suas obrigações de forma restritiva e não, de fato, de acordo com o objetivo e propósito do documento.³⁴⁷

Logo, os tratados de direitos humanos possuem características próprias, que os diferenciam dos demais: derivam a sua força do direito internacional, dos atos consensuais dos Estados, mas também de um ordenamento suprapositivo, os “direitos essenciais ao homem” ou os “direitos fundamentais”, e das próprias normas procedimentais dispostas no tratado, que operam no contexto institucional dos órgãos adjudicadores de direitos humanos, formando os três aspectos de um tratado de direitos humanos.³⁴⁸

Os instrumentos de direitos humanos se orientam pelo princípio *pro persona*, ou seja, o processo, a aplicação, a interpretação, enfim, toda a operação do tratado

³⁴⁷ MCGROGAN, David. On the interpretation of human rights treaties and subsequent practice, p. 347-378. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 32, n. 4, 2017, p. 352.

³⁴⁸ NEUMAN, Gerard L. Import, export and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights, p. 101-123. **The European Journal of International Law**, vol. 19, n. 1, 2008, p.111.

deve buscar a maior proteção do indivíduo e dos seus direitos, sob pena de perder a sua própria razão de existir.³⁴⁹

A CADH, inclusive, determina expressamente em seu artigo 29, que trata das regras de interpretação aplicáveis no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada de modo a limitar ou excluir o gozo e exercício de qualquer dos direitos ali assegurados.³⁵⁰ Leciona Pasqualucci:

A Corte aplica o princípio *pro homine* e interpreta as declarações da Convenção e do Estado “de acordo com os cânones e práticas do Direito Internacional em geral, e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos especificamente, de uma maneira que concede o maior grau de proteção aos seres humanos sob sua tutela”. A Corte afirmou que a Convenção Americana deve “ser interpretada em favor do indivíduo, objeto de proteção internacional, desde que tal interpretação não resulte em modificação do sistema”. Sob o princípio *pro homine*, a dignidade do indivíduo é uma preocupação primordial na interpretação dos direitos especificados no direito internacional dos direitos humanos e na Convenção Americana, em particular. A dignidade humana só pode ser alcançada se os direitos protegidos pela Convenção Americana forem “interpretados e aplicados de forma que suas garantias sejam verdadeiramente práticas e eficazes (*effet utile*)” (tradução nossa).³⁵¹

³⁴⁹ NARVÁEZ, Carlos Enrique Arévalo; RAMÍREZ, Paola Andrea Patarroyo. Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights, p. 295-331. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 10, 2017, p. 314.

³⁵⁰ “Artigo 29, Normas de Interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

³⁵¹ “The Court applies the *pro homine* principle and interprets the Convention and State declarations “in accordance with the canons and practice of International Law in general, and with International Human Rights Law specifically, and [in a manner] which awards the greatest degree of protection to the human beings under its guardianship”. The Court has stated that the American Convention must “be interpreted in favor of the individual, who is the object of international protection, as long

Assim, buscando evitar uma interpretação limitada dos tratados de direitos humanos, que pode prejudicar a orientação *pro persona* destes, o princípio da interpretação evolutiva se mostra como uma possível solução à efetividade dos tratados, tornando-os instrumentos vivos que acompanham a evolução e desenvolvimento da sociedade, sem que seja preciso uma constante modificação dos tratados por meio de negociações vagarosas.

De acordo com Lo, o princípio da interpretação evolutiva é de extrema importância para os tratados de direitos humanos, evitando que suas garantias se tornem irrelevantes no contexto de proteção internacional das garantias fundamentais. Leciona o autor que:

A ideia/princípio do tratado vivo (instrumento vivo), acompanhado pela interpretação evolucionária, é relevante para os tratados de direitos humanos. Isso ocorre porque a maioria dos tratados de direitos humanos especifica os direitos fundamentais relevantes a serem dados aos seres humanos e a serem protegidos pelos Estados. A maioria desses tratados foi concluída há décadas. Não é prático rever “constantemente” tais tratados. É quase igualmente irrealista simplesmente fazer um “número limitado de modificações” aos tratados de direitos humanos existentes porque qualquer negociação para revisar um tratado destes poderia dar ensejo à necessidade de redefinir alguns padrões de proteção, o que poderia atrair longos debates e diferentes opiniões. Assim, numa medida mais ampla, a interpretação e o funcionamento adequado dos tratados de direitos humanos precisam se basear na ideia de “tratado vivo” e no método evolucionário de interpretação do tratado (tradução nossa).³⁵²

as such an interpretation does not result in a modification of the system”. Under the *pro homine* principle, the dignity of the individual is of primary concern when interpreting the rights specified in international human rights law and in the American Convention, in particular. Human dignity can only be attained if the rights protected by the American Convention are “interpreted and enforced so that its guarantees are truly practical and effective (*effet utile*)”. PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 13.

³⁵² “The idea/principle of the living treaty (living instrument) accompanied by the evolutive interpretation is closely relevant to human rights treaties. This is because most human rights treaties specify relevant fundamental rights to be given to human beings and to be protected by States. Most of such treaties have been concluded for decades. It is not practicable to “constantly” revise such treaties. It is almost equally unrealistic merely to make a “limited number of amendments” to the existing human rights treaties because any negotiation to revise an existing human rights treaty could give rise to the need of redefining some protection standards, which could attract long debates and different opinions. Hence, to a larger extent, the interpretation and the proper operation of the human rights treaties need to rely on the idea of “living treaty” and the evolutive method of treaty interpretation”. LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: a new round of codification**. Singapore: Springer Nature, 2017, p. 261.

E também Graham, para quem o dinamismo na interpretação permite o reconhecimento da natureza evolutiva dos tratados, principalmente no contexto dos direitos humanos, em que a própria ideia do que constitui um direito humano avança em um ritmo que o legislativo não consegue seguir.³⁵³

A CADH, por exemplo, foi finalizada em 1969 e somente entrou em vigor em 1978, quando do depósito da décima primeira ratificação. Passaram-se nove anos até que o referido instrumento possuísse força normativa para apresentar uma tutela efetiva dos direitos humanos, e muitos mais desde a redação da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A interpretação evolutiva é, afinal, o método interpretativo que permite que um termo seja entendido de maneira diferente conforme o passar do tempo, sem que haja uma modificação textual.³⁵⁴ Ou seja, um termo que foi interpretado de maneira x em determinada época pode ser interpretado de maneira y em outra época, se tornando algo flexível, capaz de se alterar e se adaptar às mudanças oriundas do tempo.³⁵⁵

A essência desse princípio é que o significado de um termo, tal como a sociedade, pode evoluir e mudar, assumindo diferentes contornos e significados. O tratado se torna, pois, um instrumento vivo (*living instrument*), adequando-se à situação, ao momento, de modo a permanecer relevante e com uma aplicação efetiva. Trata-se, essencialmente, de uma questão quanto a interpretar o tratado de acordo com o significado que possuía quando da sua elaboração ou de acordo com o significado contemporâneo, sendo, portanto, uma questão intertemporal.

Em se tratando de interpretação evolutiva, o significado adotado deve ser o contemporâneo. Não se busca entender o significado pretendido há décadas pelos

³⁵³ “Beyond its obvious descriptive power, dynamism has demonstrated the power to promote justice in difficult cases. Because dynamism explicitly recognizes the ‘evolutive’ nature of language, dynamic interpretation can permit an archaic law to evolve and respond to society’s current vision of justice. This is particularly evident in the realm of human rights, where the public’s views of what qualifies as ‘justice’ or as a ‘basic human right’ often evolve at a pace that outstrips the speed with which a legislature can amend its statutes”. GRAHAM, Randal N. M. *Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”*, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review**: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference 34, 2006, p. 177.

³⁵⁴ LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties**: a new round of codification. Singapore: Springer Nature, 2017, p. 257.

³⁵⁵ THEIL, Stefan. Is the ‘Living Instrument’ Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?, p. 587-614. **European Public Law**, 23 (3), 2017, p. 603-604.

redatores do tratado, mas sim o significado do tratado no presente, frente às condições atuais, de modo a fornecer uma resposta efetiva às demandas atuais.³⁵⁶

De acordo com Graham, a interpretação evolutiva é algo *necessário* e até mesmo *esperado* das normas quando da sua interpretação, para que continuem a possuir eficácia e a realizar seu objetivo último. A lei sempre irá assumir um significado quando aplicada, significado este que pode ser mais expansivo ou restritivo do que o pretendido. Leciona o autor que:

Pelo contrário, o significado estatutário muda constantemente, mesmo quando o texto do estatuto permanece constante. Como Eskridge corretamente observa, a evolução do significado estatutário através da aplicação da lei ao fato é inevitável. Leis inexoravelmente se dobram e se alongam de maneiras que seus autores não poderiam prever. A direção na qual a lei “dobra” é invariavelmente influenciada pelas visões do intérprete, visões estas que serão mais adequadas ao contexto legal atual do que por quaisquer crenças históricas mantidas pelo corpo legislativo que foi responsável pela promulgação da legislação. Esse processo inescapável é descrito por Sullivan e Driedger como o meio pelo qual “os tribunais podem fazer os ajustes necessários para um encaixe confortável entre as necessidades atuais dos sujeitos e a lei original” (tradução nossa).³⁵⁷

Os fatos sobre o qual o direito deve ser aplicado são atuais, se desenvolveram e se deram em um contexto atual, de modo que qualquer análise, ainda que de viés originalista, será invariavelmente influenciada por estes fatos contemporâneos e pelo momento atual.³⁵⁸ Sendo um instrumento vivo, os tratados

³⁵⁶ DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 302.

³⁵⁷ “On the contrary, statutory meaning constantly changes, even where the text of the statute remains constant. As Eskridge correctly notes, the evolution of statutory meaning through the application of law to fact is inevitable. Laws inexorably bend and stretch in ways in which their authors could not have predicted. The direction in which the law ‘bends’ is inescapably influenced by the views of the interpreter, views that will be coloured more by the current legal context than by any historical beliefs held by the legislative body that was responsible for the legislation’s enactment. This inescapable process is described by Sullivan and Driedger as the means by which “the courts can make the adjustments required for a comfortable fit between the current needs of subjects and the original law”. GRAHAM, Randal N. M. Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference** 34, 2006, p. 175.

³⁵⁸ GRAHAM, Randal N. M. Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference** 34, 2006, p. 176.

de direitos humanos são capazes de se adaptar às reais condições do mundo contemporâneo, evoluindo conjuntamente com a sociedade.³⁵⁹

Sobre o caso das pessoas trans, mencionado por Killander acima, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CoEDH), quando do julgamento do caso *Rees vs. Reino Unido*, em 1986, entendeu que não havia um dever do Estado em alterar os documentos de acordo com o gênero com o qual Rees, um homem trans, se identificava, cabendo ao Estado, em razão da margem de apreciação, decidir sobre o tema.³⁶⁰ Este entendimento foi reiterado pela CoEDH nos casos *Cossey vs. Reino Unido*³⁶¹ e também em *Sheffield e Horsham vs. Reino Unido*.³⁶²

Finalmente, no caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, julgado em julho de 2002, a CoEDH decidiu que, ao não atender às demandas legais das pessoas trans, o Reino Unido havia violado a Convenção Europeia. Tal decisão foi embasada por estudos científicos, que se mostravam inconclusivos quanto à patologização; pelo grau de aceitação na sociedade; e um crescente consenso no continente.³⁶³

Para justificar a sua mudança de entendimento, a Corte utilizou-se, também, da doutrina da interpretação dinâmica, entendendo que:

No entanto, uma vez que a Convenção é, antes de tudo, um sistema de proteção dos direitos humanos, a Corte deve levar em conta as *condições mutáveis* no Estado demandado e nos Estados Contratantes em geral e responder, por exemplo, a qualquer *convergência em evolução das normas a serem alcançadas*. É de importância crucial que a Convenção seja interpretada e aplicada de uma forma que torne os seus direitos práticos e

³⁵⁹ Wildhaber, em consonância com Graham, entende que a genialidade da CEDH (também aplicável à CADH) reside no fato de esta ser um instrumento vivo, capaz de entender as mudanças da sociedade e acompanhar as demandas que se apresentam. Em: WILDHABER, Luzius. *The European Court of Human Rights in action*, p. 521-538. **American University International Law Review**, vol. 22, n. 4, 2007, p. 524-525.

³⁶⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Rees vs. The United Kingdom**. Application no. 9532/81. Judgement in 17th October, 1986. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57564%22]})>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

³⁶¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Cossey vs. The United Kingdom**. Application no. 10843/84. Judgement in 29th August, 1990. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fd17.html>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

³⁶² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Sheffield and Horsham vs. The United Kingdom**. Application no. 22885/93. Judgement in 30th July, 1998. Disponível em <<http://www.pfc.org.uk/caselaw/Full%20text%20of%20the%20Courts%20judgment.pdf>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

³⁶³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom**. Application no. 28957/95. Judgement in 11th July 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

eficazes, não teóricos e ilusórios. *O fato de o Tribunal não manter uma abordagem dinâmica e evolutiva apresenta o risco de se tornar um obstáculo à reformas e melhorias.* No presente contexto, o Tribunal, em várias ocasiões desde 1986, sinalizou a sua consciência dos graves problemas enfrentados pelos transexuais e salientou a importância de manter a necessidade de medidas legais adequadas nesta área em análise (grifo nosso) (tradução nossa).^{364, 365}

No excerto acima citado, nota-se que a CoEDH deu especial ênfase à ideia de que é necessário manter-se atual, aberto às demandas contemporâneas de direitos humanos, sob pena de não apenas não conseguir cumprir com o seu papel de proteção dos direitos da pessoa humana, mas também tornar-se um entrave às melhorias que poderiam ser alcançadas de maneira independente pelos Estados. Neste sentido, leciona Djefal:

O ponto determinante no tempo para a interpretação é o presente, e não o passado. Portanto, o processo de interpretação não é, de forma alguma, uma busca pelas intenções reais ou assumidas das partes. É uma investigação sobre o conteúdo da lei tal como esta se apresenta no momento da interpretação. Consequentemente, em sentenças posteriores, a Corte em geral se recusou a examinar a lei sob a perspectiva dos redatores da Convenção. Quando se referiu às "intenções dos redatores" ao discutir possíveis mudanças na lei, usou essa abordagem apenas como

³⁶⁴ "However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (. It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement. In the present context the Court has, on several occasions since 1986, signalled its consciousness of the serious problems facing transsexuals and stressed the importance of keeping the need for appropriate legal measures in this area under review". EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom**. Application no. 28957/95. Judgement in 11th July 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>>. Acesso em: 16 de julho de 2019, parágrafo 74.

³⁶⁵ Para Killander, um claro exemplo de interpretação evolutiva é quando a Corte muda um entendimento já firmado anteriormente, adotando um posicionamento que à época poderia não condizer com o esperado dos direitos humanos, mas que com o passar do tempo tornou-se quase que um imperativo na tuela dos direitos da pessoa humana. Exemplifica o autor: "Em vários casos, o Tribunal Europeu entendeu que os problemas enfrentados pelas pessoas trans, por exemplo, o fato de que o sexo registrado na certidão de nascimento ser inalterável, não constituía uma violação da Convenção Europeia. Em 2002, a Corte revogou sua jurisprudência anterior e decidiu que, apesar da falta de consenso na Europa, haviam evidências claras de uma tendência internacional em favor não apenas de maior aceitação social de pessoas trans, mas de reconhecimento legal do novo gênero dessas pessoas. Em: KILLANDER, Magnus. Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos, p. 149-176. **SUR**: Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 7, n. 13, 2010, p. 158.

ponto de partida na construção do raciocínio (grifo nosso) (tradução nossa).³⁶⁶

Trata-se, portanto, de uma teoria diretamente oposta ao *originalismo*, que pressupõe a interpretação dos termos de acordo com o sentido que lhes foi atribuído quando da sua redação, ou seja, uma abordagem que preza pelo passado ao invés do presente. O originalismo, insta ressaltar, não busca o espírito do tratado, tal como o intencionalismo, mas o sentido original das palavras, sem qualquer dinamicidade ou evolução. Sobre o originalismo e o dinamismo, assinala Graham que:

Interpretação dinâmica (ou “dinamismo”) é o oposto da construção originalista. Onde os originalistas veem a intenção histórica dos fundadores como o único guia legítimo para a interpretação, os proponentes do dinamismo sustentam que as leis devem ser interpretadas em referência a ideais contemporâneos, com pouca ou nenhuma atenção à intenção do legislador. Quando o originalista acredita que as expectativas do legislador regulam o significado de todos os textos estatutários, o dinamista sustenta que o significado de um estatuto “não está vinculado ao entendimento original, mas pode evoluir em resposta a mudanças linguísticas e sociais” (tradução nossa).³⁶⁷

O mesmo autor, por outro lado, também ressalta algumas das vantagens possíveis com a interpretação originalista, que, por sua vez, é capaz de promover uma maior certeza na lei, enquanto que o dinamismo tende a ser mais imprevisível;

³⁶⁶ “The determinative point in time for the interpretation is the present and not the past. So the process of interpretation is in no way a quest for the real or assumed intentions of the parties. It is an inquiry into the content of the law as it stands at the time of interpretation. Consequently, in later judgments, the Court generally declined to look at the law from the perspective of the drafters of the Convention. When it referred to the ‘intentions of the drafters’ while discussing possible changes in the law, it used this approach only as a starting point”. DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 302.

³⁶⁷ “Dynamic interpretation (or ‘dynamism’) is the opposite of originalist construction. Where originalists see the framers’ historic intention as the only legitimate guide to interpretation, proponents of dynamism hold that laws should be interpreted by reference to contemporary ideals, with little or no attention paid to the legislator’s intent. Where the originalist believes that the lawgiver’s expectations govern the meaning of all statutory texts, the dynamist holds that a statute’s meaning ‘is not tied to the framer’s original understanding but is permitted to evolve in response to both linguistic and social change’”. GRAHAM, Randal N. M. Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review**: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference 34, 2006, p. 174-175.

o originalismo é mais objetivo, enquanto que o dinamismo se baseia no subjetivo do julgador.³⁶⁸

Contudo, a interpretação evolutiva não dá aos órgãos judiciais ou *quasi* judiciais uma tela em branco, para ser pintada como bem entenderem, fugindo completamente ao disposto nos tratados de direitos humanos ou violar as normas de direito internacional.

Para Djeffal, que entende a CoEDH como uma “ativista que envelheceu”³⁶⁹, não adianta apenas lutar por uma interpretação evolutiva, sendo necessária também a consciência de que tal interpretação possui limites, escutando tanto as vozes que clamam por uma interpretação evolutiva quanto as que pede uma interpretação contida.³⁷⁰ Tal ponto é igualmente sustentado por Dzehtsiarou, para quem a interpretação (da CEDH) requer uma fluidez e flexibilidade, mas que carece de legitimidade quando totalmente imprevisível.³⁷¹

De acordo com Narváez e Ramírez, existem algumas regras que devem ser seguidas quando da utilização da interpretação evolutiva. Segundo os autores, devem ser observadas as normas internacionais de interpretação de tratados previstas na CVDI, bem como o órgão jurisdicional deve basear sua interpretação nos elementos do tratado, como seus dispositivos, a intenção das partes, cláusulas intertemporais e por fim, seu objetivo e propósito.³⁷²

³⁶⁸ GRAHAM, Randal N. M. Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review**: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference 34, 2006, p. 179-180.

³⁶⁹ O título original do capítulo é “The European Court of Human Rights: an aging activist”. Em: DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation**: A Functional Reconstruction. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

³⁷⁰ “It is not only about fighting fiercely for the possibility to interpret evolutively, but also about knowing where the limits of such interpretation are. In this sense, the story of the Court is the story of an aging activist. The activist has succeeded and achieved many of his or her goals. But he or she has also matured and developed; new questions have entered his or her life. The Court is no longer twenty-five years old, it is over sixty and the world looks very different now. It listens not only to the voices pushing for more evolution but also to the voices that call for clear limits”. DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation**: A Functional Reconstruction. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 278.

³⁷¹ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights, p. 1730-1745. **German Law Journal**, v. 12, n. 10, 2011, p. 1733.

³⁷² NARVÁEZ, Carlos Enrique Arévalo; RAMÍREZ, Paola Andrea Patarroyo. Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights, p. 295-331. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 10, 2017, p. 305.

Uma questão que impõe limites, por exemplo, é o da legitimidade democrática e o ativismo judicial das Cortes de direitos humanos. Graham entende que ao se utilizar da interpretação dinâmica, as Cortes podem estar usurpando o papel dos legisladores, determinando não o que estes queriam dizer quando da redação do tratado, mas o que deveriam ter dito.³⁷³

Lo defende que, utilizando-se das regras previstas na CVDT, não se poderia falar em “ativismo judicial”, uma vez que não pode se esperar que um órgão judicial – ou *quasi* judicial – internacional, frente às incertezas dos tratados, feche os olhos e interprete de maneira limitada, tornando o objetivo do tratado inalcançável. Logo, um certo ativismo judicial é até mesmo desejado no âmbito da interpretação dos tratados internacionais, uma vez que até mesmo os elementos textuais do documento podem implicar em uma limitação não desejada.³⁷⁴ Leciona o autor que:

[...] a interpretação de um tratado não deve limitar-se puramente ao seu texto. Deve ser dada a função de preencher a lacuna de um tratado, se esta for necessária para o propósito de tornar o tratado operável. A interpretação do tratado também deve ser permitida para introduzir valores externos na sua operação. Seria indesejável usar negativamente o conceito de “ativismo judicial” com o propósito de impedir que um juiz internacional interprete um tratado de modo a preencher a lacuna, ou com a finalidade de requerer que o adjudicador deixe a lacuna como é, sem levar em conta a possibilidade de que tal lacuna ou brecha possa comprometer o funcionamento do tratado. Também seria indesejável contar com o conceito de “ativismo judicial” para impedir a introdução de valores externos de grande importância na operação de um tratado, de modo a isolar sua operação (tradução nossa).³⁷⁵

³⁷³ GRAHAM, Randal N. M. Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review**: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference 34, 2006, p. 180.

³⁷⁴ LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties**: a new round of codification. Singapore: Springer Nature, 2017, p. 74-75.

³⁷⁵ “[...] Treaty interpretation should not be limited to purely interpreting a treaty text. It should be given the function of filling the gap or loophole of a treaty, if it is needed for the purpose of making the treaty operable. Treaty interpretation should also be permitted to introduce external values into the operation of a treaty. It would be apparently undesirable to negatively use the concept of “judicial activism” for the purpose of preventing an international adjudicator to interpret a treaty so as to fill the gap or for the purpose of requiring the adjudicator to leave the gap or loophole as it is without regard to the possibility that such gap or loophole could jeopardise the operation of the treaty. It would also be undesirable to rely on the concept of “judicial activism” to prevent the introduction of external values of high importance into the operation of a treaty so as to isolate its operation”. LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties**: a new round of codification. Singapore: Springer Nature, 2017, p. 74-75.

A atuação dinâmica das Cortes também se mostra útil pelo fato de os tratados de direitos humanos possuírem, em sua grande maioria, expressões vagas demais, amplas demais ou nebulosas, o que, ao menos teoricamente, permite uma maior proteção, sendo menos limitado, mas também exige uma maior atividade interpretativa dos seus operadores.^{376, 377}

De acordo com o artigo 62, parágrafos primeiro e terceiro, da CADH, compete à CoIDH a interpretação e aplicação da referida convenção, competência esta reconhecida expressamente pelo Estado quando da ratificação do tratado, sendo eles obrigatoriamente vinculados a esta regra de acordo com o princípio de direito internacional do *pacta sunt servanda*.³⁷⁸

Sendo o órgão competente para tanto, conforme expressamente mencionado, e utilizando-se do princípio *pro persona* assegurado no artigo 29, a CoIDH, inspirando-se na CoEDH, vem adotando o princípio da interpretação evolutiva em seus julgados. A CADH está vinculada ao referido princípio, devendo sempre ser interpretada e aplicada do modo mais efetivo à proteção da pessoa humana. Neste sentido, leciona Lixinski:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem uma disposição específica dedicada às regras de interpretação. Mais especificamente, o artigo 29 determina as maneiras pelas quais a Convenção Americana não deve ser interpretada. Ela se opõe a interpretações que permitam a restrição de direitos protegidos na Convenção (exceto dentro dos limites estabelecidos pela Convenção) ou direitos "inerentes à personalidade humana". Mais importante, para nossos propósitos, impede interpretações

³⁷⁶ McGROGAN, David. On the interpretation of human rights treaties and subsequent practice, p. 347-378. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 32, n. 4, 2017p. 347.

³⁷⁷ KILLANDER, Magnus. Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos, p. 149-176. **SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 7, n. 13, 2010, p. 149.

³⁷⁸ "Artigo 62: 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção; 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial". **Convenção Americana de Direitos Humanos**. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

que geralmente restringem o gozo de direitos reconhecidos na lei municipal ou em outros tratados internacionais (tradução nossa).³⁷⁹

A própria ColDH já afirmou esse entendimento da OC 10/89, sobre a Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:

A Declaração Americana baseia-se na ideia de que "a proteção internacional dos direitos do homem deve ser o principal guia de uma lei americana em evolução". Essa lei americana evoluiu de 1948 até o presente; Medidas internacionais de proteção, subsidiárias e complementares às nacionais foram moldadas por novos instrumentos. Como já se posicionou o Tribunal Internacional de Justiça: "um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado dentro da estrutura geral do sistema jurídico em vigor no momento da interpretação" (Consequências jurídicas para os Estados da Presença Continuada da África do Sul na Namíbia. [África Ocidental], não obstante a Resolução 276 [1970] do Conselho de Segurança, Opinião Consultiva, ICJ Reports 1971, p. 16 ad 31). É por isso que a Corte considera necessário salientar que, para determinar o status legal da Declaração Americana, é apropriado examinar o sistema interamericano de hoje, à luz da evolução a que ele passou desde a adoção da Declaração, em vez de examinar o valor normativo e significado que esse instrumento acreditava ter tido em 1948 (tradução nossa).³⁸⁰

E também no caso do Massacre de Mapiripán, onde afirma que

³⁷⁹ "The American Convention on Human Rights has a specific provision dedicated to rules of interpretation. More specifically, Article 29 determines the ways in which the American Convention should not be interpreted. It precludes interpretations which would allow for the restriction of rights protected in the Convention (except within the limits set by the Convention) or rights 'inherent in the human personality'. More importantly for our purposes, it precludes interpretations which generally restrict the enjoyment of rights recognized in municipal law or other international treaties". LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law, p. 585-604. **The European Journal of International Law**, Vol. 21, n. 3, 2010, p. 587.

³⁸⁰ "The American Declaration has its basis in the idea that "the international protection of the rights of man should be the principal guide of an evolving American law". This American law has evolved from 1948 to the present; international protective measures, subsidiary and complementary to national ones, have been shaped by new instruments. As the International Court of Justice said: "an international instrument must be interpreted and applied within the overall framework of the juridical system in force at the time of the interpretation" (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16 ad 31). That is why the Court finds it necessary to point out that to determine the legal status of the American Declaration it is appropriate to look to the inter-American system of today in the light of the evolution it has undergone since the adoption of the Declaration, rather than to examine the normative value and significance which that instrument was believed to have had in 1948". CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-10/89**, de 14 de julho de 1989. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de acordo com o artigo 64 da Convenção American de Direitos Humanos.. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_ing1.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

Da mesma forma, a Corte já indicou, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é compatível com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como com as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. *Nesse sentido, ao interpretar a Convenção, a alternativa mais favorável deve sempre ser escolhida para a proteção dos direitos protegidos pelo dito tratado, de acordo com o princípio da norma mais favorável ao ser humano* (grifo nosso) (tradução nossa).³⁸¹

Logo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos já tem estabelecido na sua jurisprudência que a CADH deve ser interpretada de acordo com o princípio *pro persona*, colocando o objetivo último da Convenção, a proteção da pessoa humana, como ponto de maior relevância em sua atuação.³⁸² Os direitos humanos configuram uma *lex specialis* quando comparada às normas de direito internacional, recebendo uma maior prioridade em sua aplicação. Norma especial prevalece sobre a norma geral. Sobre o tema, leciona Lixinski que:

O fato de a CADH receber um tipo de tratamento "preferencial" ou até mesmo "hierarquicamente superior" é facilmente explicado quando se considera o mandato normativo da Corte Interamericana, que gravita precisamente em torno da Convenção Americana. Se a Corte pretende interpretar a Convenção Americana, todos os outros instrumentos que utiliza devem ser considerados sob a perspectiva da CADH, e é de se esperar que a prática da Corte coloque a Convenção no topo das suas considerações. Mas o fato de que a CADH está disposta a olhar muito além das restrições de seu instrumento constitutivo é, no entanto, uma característica louvável do sistema (tradução nossa).³⁸³

³⁸¹ "Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano". CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Massacre Mapiripán vs. Colômbia**, Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2019, par. 106.

³⁸² NARVÁEZ, Carlos Enrique Arévalo; RAMÍREZ, Paola Andrea Patarroyo. *Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights*, p. 295-331. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 10, 2017, p. 314.

³⁸³ "The fact that the ACHR is given some sort of 'preferential' or even an apparent 'hierarchically superior' treatment is easily explained once one considers the normative mandate of the Inter-American Court, which gravitates precisely around the American Convention. If the Court is meant

A CoIDH, inclusive, rejeitou expressamente a ideia de o significado ordinário ser o principal meio de interpretação. Utilizando-se do disposto na CVDT, a Corte se manifestou na OC 4/84, sobre emendas às provisões de naturalização da constituição da Costa Rica, que devem ser igualmente levados em consideração, quando da interpretação da CADH, o contexto e o objetivo e propósito do instrumento.³⁸⁴

Assim, utilizando-se das normas da CADH e da CVDT, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem desenvolvendo uma interpretação evolutiva semelhante a europeia, dando especial destaque ao caráter especial das provisões de direitos humanos que, no contexto da Convenção Americana, se sobrepõe às normas de direito internacional geral. Neste sentido, assevera Neuman que:

A Corte invoca métodos gerais de interpretação de tratados, como os expressos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, mas também enfatiza que os tratados de direitos humanos têm um caráter próprio, estabelecendo normas objetivas para a proteção dos indivíduos e não obrigações recíprocas que beneficiam os Estados. Os termos usados pelo tratado devem possuir um significado autônomo em seu contexto, e não devem ser deixados para cada estado decidir de acordo com sua lei interna.

[...]

Na jurisprudência interamericana, a elaboração progressiva de direitos é apoiada em parte pelo próprio raciocínio normativo da Corte, em parte pela invocação de instrumentos subsequentes de direitos humanos da OEA, e muitas vezes por referências aos regimes globais e europeus de direitos humanos (tradução nossa).³⁸⁵

to interpret the American Convention, all other instruments it uses are to be looked at from the perspective of the ACHR, and it is therefore to be expected that the practice of the Court will put the Convention at the very top of its considerations. But the fact that the IACtHR is willing to look so much outside the constraints of its constitutive instrument is nevertheless a laudable characteristic of the system". LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law, p. 585-604. **The European Journal of International Law**, Vol. 21, n. 3, 2010, p. 603-604.

³⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-4/84**, de 19 de janeiro de 1984. Opinião Consultiva sobre a proposta de modificação da constituição política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2019, par. 23.

³⁸⁵ "The Court invokes general methods of treaty interpretation such as those expressed in the Vienna Convention on the Law of Treaties, but also stresses that human rights treaties have a distinct character, establishing objective norms for the protection of individuals rather than reciprocal

E também Narváez e Ramírez, para quem a interpretação evolutiva no Sistema Interamericano permitiu a introdução de “garantias adicionais” na proteção da pessoa humana, interpretando os termos presentes na Convenção de acordo com a realidade contemporânea.³⁸⁶

A CoIDH, ainda que refute o consenso regional aplicado no âmbito europeu, se utiliza largamente da *importação* de determinados conceitos, teorias e normas disponíveis em outros instrumentos de direitos humanos, tanto de âmbito internacional quanto regional, quando da utilização da interpretação evolutiva. De acordo com Neuman, essa importação pode se dar pelos já três citados aspectos dos tratados de direito internacional (o consenso dos Estados, o caráter suprapositivo dos direitos humanos e as normas procedimentais dispostas no tratado):

A importação de uma interpretação de uma fonte externa pode ser justificada a partir de qualquer uma dessas três perspectivas, individualmente ou em combinação. Em termos *consensuais*, os Estados poderiam ter expressado a intenção de definir uma obrigação para com a Convenção Americana com base em outros tratados, ou ratificaram esta obrigação com a prática. Em termos *suprapositivos*, a Corte poderia tomar emprestado naquelas ocasiões em que achou a exposição do órgão externo especialmente persuasiva. Em termos institucionais, a Corte poderia ter várias razões pragmáticas para adotar uma interpretação preexistente de uma norma: por exemplo, a Corte poderia concluir que a proteção dos direitos humanos se beneficiaria da coordenação das obrigações dos Estados nos âmbitos regional e global; a importação de uma interpretação pode diminuir o ônus de argumentação do Tribunal; ou a Corte poderia acreditar que a invocação de padrões externos objetivos ajudou a fortalecer as decisões adversas contra a resistência do Estado.³⁸⁷

obligations benefiting states. The terms used by the treaty must be given an autonomous meaning in their context, and should not be left to each state to decide in accordance with its domestic law. [...]

In Inter-American jurisprudence, progressive elaboration of rights is supported partly by the Court's own normative reasoning, partly by invocation of subsequent OAS human rights instruments, and quite often by references to the global and European human rights regimes". NEUMAN, Gerard L. Import, export and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights, p. 101-123. **The European Journal of International Law**, vol. 19, n. 1, 2008, p. 106-107.

³⁸⁶ NARVÁEZ, Carlos Enrique Arévalo; RAMÍREZ, Paola Andrea Patarroyo. Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights, p. 295-331. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 10, 2017, p. 304-305.

³⁸⁷ NEUMAN, Gerard L. Import, export and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights, p. 101-123. **The European Journal of International Law**, vol. 19, n. 1, 2008, p. 111-112.

O diálogo com os demais tratados de direitos humanos na ordem internacional quando da interpretação da CADH, apontando para um universalismo dos direitos humanos, já havia sido afirmado pela CoIDH na OC nº 1/82, formulada pelo Peru:

Por outro lado, a própria substância da matéria se opõe a uma distinção radical entre universalismo e regionalismo. A unidade da natureza do ser humano e o caráter universal dos direitos e liberdades que merecem garantia estão na base de qualquer regime internacional de proteção. [...] O Preâmbulo do Pacto de São José reflete inequivocamente essa ideia quando reconhece que os direitos essenciais do homem "se baseiam nos atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam a proteção internacional, de natureza convencional ...".³⁸⁸

Um exemplo desse diálogo orientado num sentido universal é o caso *Niños de la Calle* (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala, julgado em novembro de 1999, em que a CIDH apontou que a Guatemala era signatária da Convenção sobre os Direitos da Criança desde 1990 e que, nos termos do artigo 18.b) da CVDT, estava obrigada a cumprir com as obrigações lá assumidas. A CoIDH, então, entendeu que

194. Tanto a Convenção Americana quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança fazem parte de um corpus juris internacional muito abrangente para a proteção de crianças que deve servir a este Tribunal para determinar o conteúdo e o alcance da disposição geral definida no Artigo 19 da Convenção Americana.

195. A Convenção sobre os Direitos da Criança contém várias disposições relacionadas com a situação das "crianças de rua" examinadas neste caso e podem lançar luz, em conexão com o artigo 19 da Convenção Americana, sobre a conduta que o Estado deveria ter observado antes (tradução nossa).³⁸⁹

³⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-1/82**, de 24 de setembro de 1982. Outros tratados sujeitos à jurisdição consultiva da Corte (art. 64 da CADH). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_ing1.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2019, par. 40.

³⁸⁹ "194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. 195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los "niños de la calle" que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma". CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala**. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, nº 63. Disponível em:

Entre outros casos em que a CoIDH se utilizou de outros instrumentos internacionais para fundamentar uma interpretação dinâmica, cita-se também o caso do *Massacre Ituango vs. Colômbia*³⁹⁰, de 2006, e o caso da *Comunidade Indígena Yakya Axa vs. Paraguai*, de 2005, em que em ambas as decisões utilizou-se dos instrumentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para fundamentação.³⁹¹

Ainda, o artigo 31, parágrafo terceiro, da CVDT estabelece que serão levados em consideração quando da interpretação dos tratados os acordos posteriores firmados entre as partes e as práticas seguidas à ratificação do tratado, estabelecendo o que se chama de prática subsequente, que em muito se relaciona à formação do costume no direito internacional.³⁹²

De acordo com Killander, não é razoável sustentar que a prática subsequente somente poderia se formada por Estados, sendo também fruto da atividade e prática de organizações internacionais, órgãos de vigilância e até mesmo a jurisprudência das cortes regionais poderia se entender como prática subsequente.³⁹³ Assim, sustenta o autor que a prática subsequente aceita pelos Estados, quer pelos atos destes, pelos atos de organizações ou pela própria jurisprudência das cortes regionais e internacionais, é apta a sustentar uma interpretação evolutiva.³⁹⁴

Contudo, de acordo com um estudo realizado pela Comissão de Direito Internacional sobre os tratados e prática subsequente, de relatoria de George Nolte, a CoIDH não se utiliza desta prática, optando por fazer referências ao desenvolvimento no campo internacional como um todo, o que segundo o relatório

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2019.

³⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso do Massacre Ituango vs. Colômbia**. Sentença em 1º de julho de 2006. Série C, nº 148. Parágrafo 157. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_ing.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2019, par. 157.

³⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Yakya Axa vs. Paraguai**. Sentença em 17 de junho de 2005. Série C, nº 125. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2019.

³⁹² KILLANDER, Magnus. Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos, p. 149-176. **SUR**: Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 7, n. 13, 2010, p. 153.

³⁹³ KILLANDER, Magnus. Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos, p. 149-176. **SUR**: Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 7, n. 13, 2010, p. 153.

³⁹⁴ KILLANDER, Magnus. Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos, p. 149-176. **SUR**: Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 7, n. 13, 2010, p. 155.

ficaria entre a prática subsequente e as “outras regras relevantes” estipuladas pela CVDT.³⁹⁵

Outra técnica que permite a aplicação do princípio da interpretação evolutiva é através dos chamados *conceitos autônomos*, diretamente derivado da própria amplitude dos conceitos e disposições elencados nos tratados de direitos humanos, que permite uma maior liberdade na sua interpretação. A técnica de conceito autônomo estabelece que cabe à Corte Internacional, e apenas a ela, a definição de determinados termos e conceitos presentes no tratado, ainda que esses termos e conceitos já possuam uma definição nos países membros.³⁹⁶

Sobre o tema, leciona Marochini:

O conceito autônomo representa um princípio específico de interpretação, intimamente ligado à interpretação da Convenção de acordo com seu objetivo e propósito, mas também com todos os outros princípios interpretativos ativistas. *Este conceito significa que, em certas ocasiões, o Tribunal dará um significado autônomo a um termo da Convenção, independentemente de seu significado em nível nacional.* Seu objetivo é atingir o objetivo principal da Convenção, que é a proteção dos direitos individuais de serem violados pelos Estados Membros (grifo nosso) (tradução nossa).³⁹⁷

Através da teoria dos conceitos autônomos, os operadores dos tratados de direitos humanos são capazes de desenvolver uma interpretação evolutiva, dando um significado diferente daquele idealizado pelos redatores do tratado ou, então, indo muito além da definição dada por um dos Estados Membros, permitindo que as Cortes concluam que houve uma violação ao aumentar o escopo do significado de determinado termo.

³⁹⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation**, by George Nolte, Special Rapporteur. 19 de março de 2013. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/660>>. Acesso em: 21 de julho de 2019, par. 39.

³⁹⁶ GREER, Steven. **The margin of appreciation**: interpretation and discretion under the ECHR. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000, p. 18.

³⁹⁷ “The autonomous concept represents a specific principle of interpretation closely connected to interpreting the Convention in accordance with its object and purpose, but also with all other activist interpretative principles. This concept means that on certain occasions the Court will give an autonomous meaning to a Convention term, regardless of its meaning on a national level. Its goal is to accomplish the primary goal of the Convention, which is the protection of individual rights from being violated by the Member States”. MAROCHINI, Maša. The interpretation of the European Convention on Human Rights, p. 63-84. **Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu**, vol. 51, 2014, p. 75.

3.3 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI+ NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

Importante retomar aqui a ideia apresentada no início do segundo capítulo: Os direitos humanos são uma conquista histórica.³⁹⁸ São direitos variáveis, modificando-se de acordo com as mudanças das condições históricas, dos interesses, das transformações técnicas.³⁹⁹ Conforme leciona Bobbio, os direitos humanos são direitos históricos, resultados das lutas por emancipação, e também mutáveis.^{400, 401}

Da mesma maneira, a CADH também é fruto de um determinado momento histórico. Assinada em San José, Costa Rica, em 1969 e tendo entrado em vigor em 1978, quando do depósito da décima primeira ratificação, a Convenção surgiu em um ambiente dominado por regimes ditatoriais (Brasil, em 1964; Chile, em 1973; Argentina, 1966; Uruguai, 1973; e Peru, 1968, são alguns dos exemplos) e massivas violações de direitos humanos. Neste sentido, leciona Piovesan:

Ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias; dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas; das prisões ilegais e arbitrárias; das perseguições político-ideológicas; e da abolição das liberdades de expressão, reunião e associação.^{402, 403}

³⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

³⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 13.

⁴⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 20.

⁴⁰¹ De acordo com Lafer, os direitos humanos são um resultado “dos fatos históricos que tornaram politicamente viável e intelectualmente razoável a powerful eloquence que anima a tutela dos direitos humanos”. Em LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 124-125.

⁴⁰² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁴⁰³ Os três primeiros casos da Corte Interamericana, inclusive, possuíam relação direta com estas violações perpetradas pelos regimes ditatoriais, julgando casos sobre o desaparecimento forçado de pessoas (Velásquez Rodríguez v. Honduras, 1988; Godínez Cruz v. Honduras, 1989; e Fairén Garbí e Solís Corrales v. Honduras, 1989).

Grossman entende que o Sistema Interamericano passou por três grandes fases até o momento: a primeira foi durante os anos 80, com o confronto direto entre o sistema e os regimes ditatoriais da região. A segunda fase foi caracterizada pela retomada dos regimes democráticos na região, com a Corte e a Comissão atuando no sentido de confrontar o legado das ditaduras, tais como a impunidade. A terceira fase, por fim, enfrenta os desafios de desigualdade e exclusão, tais como a pobreza na região.^{404, 405}

Assim, ainda que tenha sido redigida nos moldes da DUDH e da CEDH, a CADH possui características muito próprias, adaptadas ao contexto americano da época, bastante diferente dos regimes democráticos há muito consolidados na Europa. Ainda, há que se ressaltar o enorme abismo econômico, social e cultural ainda existente nos países americanos, em especial os da América Latina.

Como construção histórica, contudo, a CADH reconhece e assegura vários direitos civis e políticos que, à época da sua elaboração, eram pertinentes, tais como o direito à personalidade jurídica (art. 3º), o direito à vida (art. 4º), à integridade pessoal (art. 5º), à proibição da escravidão e da servidão (art. 6º), à liberdade pessoal (art. 7º) e outros. Também assegura, de uma maneira bem menos incisiva, os direitos sociais, econômicos e culturais (art. 26). São, afinal, os direitos do homem histórico, o ponto de parada num processo que ainda não se concluiu, e tampouco irá se concluir.⁴⁰⁶

Da mesma forma que Bobbio entende que um dos desafios da comunidade internacional é o de aperfeiçoar continuamente a DUDH, também se impõe aos países membros do Sistema Interamericano o desafio de atualizar e aperfeiçoar, continuamente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Leciona o autor italiano que:

Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação

⁴⁰⁴ GROSSMAN, Claudio. The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the future, p. 1267-1282. **Indiana Law Journal**, v. 83, n. 4, 2008, p. 1268.

⁴⁰⁵ Em igual sentido, Piovesan entende que a região latino-americana possui o desafio de superar, em definitivo, o legado da cultura autoritária e estabelecer firmemente um regime democrático e que observe os direitos humanos. Em: PIOVESAN, F. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁴⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 20.

dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes (*grifo nosso*).⁴⁰⁷

De modo a evitar que os direitos humanos tutelados tornem-se limitados e de pouco utilização, faz-se necessário a utilização da teoria da interpretação evolutiva, tornando os instrumentos de direitos humanos em instrumentos vivos, que acompanhem a evolução e desenvolvimento da sociedade, sem que seja preciso uma constante modificação dos tratados por meio de processo vagarosos.⁴⁰⁸

Um exemplo dessa constante marcha histórica dos direitos humanos, buscando constantemente o aperfeiçoamento da proteção destes direitos, é o processo de *especificação*, em que se deixa de lado a ideia do indivíduo abstrato e genérico, tal como era no início, e passa-se a analisar o indivíduo específico, “tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação, cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção”.⁴⁰⁹ Neste mesmo sentido, ministra Piovesan, com precisão, que:

Na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença (que na era Hitler foi justificativa para o extermínio e a destruição), percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir, a determinados grupos, uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade.

⁴⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 20.

⁴⁰⁸ Neste sentido, importante destacar lição de Lo: The idea/principle of the living treaty (living instrument) accompanied by the evolutive interpretation is closely relevant to human rights treaties. This is because most human rights treaties specify relevant fundamental rights to be given to human beings and to be protected by States. Most of such treaties have been concluded for decades. It is not practicable to “constantly” revise such treaties. It is almost equally unrealistic merely to make a “limited number of amendments” to the existing human rights treaties because any negotiation to revise an existing human rights treaty could give rise to the need of redefining some protection standards, which could attract long debates and different opinions. Hence, to a larger extent, the interpretation and the proper operation of the human rights treaties need to rely on the idea of “living treaty” and the evolutive method of treaty interpretation”. Em: LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: a new round of codification**. Singapore: Springer Nature, 2017, p. 261.

⁴⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 34.

Isto significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos.⁴¹⁰

Na progressiva marcha histórica dos direitos humanos, faz-se necessário o reconhecimento de novas ameaças à dignidade, novas demandas e novos sujeitos de direito, que também são merecedores da tutela por parte dos sistemas internacionais de proteção. Consoante Sales:

O amadurecimento dos institutos políticos, a partir do natural e irremediável avanço da história, enquanto produto da cultura humana, faz aprimorar também a concepção dos direitos humanos. O produto dessa ação é a afirmação de direitos outrora “desconhecidos”, mas que, uma vez “revelados” por força da própria realidade, impõem-se com força normativa e protetiva das categorias sociais que a quem se destina proteção. Impõem, mais que isso, observância e respeito.⁴¹¹

Assim, uma maneira de os instrumentos e sistemas de direitos humanos encararem as mudanças ocorridas na sociedade é, conforme abordado no capítulo 2 da presente dissertação, através da interpretação evolutiva, que, buscando evitar uma interpretação limitada dos tratados de direitos humanos, em prejuízo ao seu cerne que é a orientação *pro persona*, transforma-os em instrumentos vivos, que acompanham a evolução e desenvolvimento da sociedade.⁴¹²

Feitas estas breves considerações, urge a seguinte questão: e quanto à proteção dos direitos humanos dos indivíduos LGBTI+, especificamente das pessoas trans, no Sistema Interamericano?

Desde já, cumpre esclarecer que a CADH não traz em seus dispositivos nenhuma proteção *expressa* dos indivíduos LGBTI+ ou da identidade de gênero. O artigo 1.1, por exemplo, estabelece que

⁴¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

⁴¹¹ SALES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT, p. 927-944. In: PIOVESAN, Flávia (coord.); IKAWA, Daniela (coord.). **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007, v. 2, p. 937.

⁴¹² PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 13.

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.⁴¹³

No artigo constam, *expressamente*, a proibição de discriminação por raça, cor, sexo, idioma, religião e opiniões políticas, mas não há qualquer menção à sexualidade ou identidade de gênero.

Da mesma forma, também não há um protocolo adicional ou um outro tratado relacionado à temática no âmbito do SIDH que já esteja em vigor, tal como existe em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, tortura e outras matérias, conforme abordado acima.

A ausência de disposições e instrumentos expressos, contudo, não impediu os avanços do Sistema na matéria, tendo havido decisões da Corte e resoluções da própria OEA, em atenção ao princípio *pro persona*, motor do sistema, que estabelece que a Convenção deve ser interpretada em favor do indivíduo, tutelando a dignidade humana.⁴¹⁴

3.3.1 A diversidade sexual e de gênero no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Em 2008 a OEA aprovou sua primeira resolução em matéria de sexualidade e identidade de gênero, a resolução nº 2435 (XXXVII-O/08), intitulada “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”.⁴¹⁵ Sobre a resolução, leciona Terezo:

⁴¹³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁴¹⁴ PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 13.

⁴¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução 2435 da Assembleia Geral: Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero**, de 03 de junho de 2008. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

A resolução foi aprovada ante a preocupação pelo aumento de violência contra indivíduos por causa de orientação sexual e identidade de gênero, indicando que as discriminações provenientes de tais motivações deveriam ser combatidos internamente pelos Estados, e que a própria OEA deveria incluir tal temática na agenda dos seus órgãos, como a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos e no próprio Conselho Permanente (tradução nossa).⁴¹⁶

No ano seguinte, em 2009, a Assembleia Geral da OEA aprovou uma nova resolução, de número 2504 (XXXIX-O/09), com o mesmo título da anterior, em que cobra dos Estados o compromisso de assegurar a investigação dos atos de violência e violações de direitos humanos em razão da orientação sexual e da identidade de gênero.⁴¹⁷ Ainda, a resolução, em seu item nº 4, solicita à CIDH que siga prestando especial atenção ao tema.

Em 2010, foi aprovada uma nova resolução, de nº 2600 (XL-O/10), a qual reiterava os compromissos firmados nas duas anteriores. Tais resoluções, ainda que tenham demonstrado um importante avanço por parte do maior órgão político do continente, apresentam pouca profundidade sobre o tema.⁴¹⁸

Já em 2011, a OEA aprovou uma resolução mais concreta, de nº 2653 (XLI-O/11), em que encorajava os Estados-membros a considerarem a adoção de medidas legais contra a discriminação em razão de orientação sexual e de gênero. Ou seja, que combatam tais discriminações.⁴¹⁹ Para Alvarado, tal medida dá espaço à possibilidade de tratar tal discriminação como uma matéria específica de direitos

⁴¹⁶ “La resolución fue aprobada ante la preocupación por el aumento de violencia contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, entendiendo que las discriminaciones provenientes de tales motivaciones deberían ser combatidas internamente por los Estados, y que la propia OEA debería incluir tal temática en las agendas de órganos tan importantes como la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y el propio Consejo Permanente”. TEREZO, Cristina Figueiredo. Derechos humanos y diversidad sexual en el Sistema Interamericano, p. 379-402. In: **Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables**. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 379.

⁴¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução 2504 da Assembleia Geral: Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero**, de 04 de junho de 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução 2600 da Assembleia Geral: Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero**, de 08 de junho de 2010. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução 2653 da Assembleia Geral: Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero**, de 07 de junho de 2011. Disponível em <<https://arc-international.net/wp-content/uploads/2012/09/2011-OAS-GA-RES.-2653-Human-Rights-Sexual-Orientation-Gender-Identity.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

humanos, possibilitando a aplicação do princípio de não discriminação assegurado na CADH.⁴²⁰

Também requereu à CIDH e ao Comitê Jurídico Interamericano que, em conjunto com os Estados-membros, preparassem “um estudo sobre as implicações legais e os desenvolvimentos conceituais e terminológicos em relação à orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero (tradução nossa)”.⁴²¹ Tais provisões foram reiteradas, também, na resolução nº 2807 (XLIII-O/13).⁴²²

Entretanto, todas as resoluções aprovadas até o momento abordam os temas da sexualidade e da identidade de gênero pela ótica da violência. Leciona Alvarado que:

A questão da proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTI é uma questão complexa e pode ser abordada sob diferentes perspectivas. As resoluções da Assembleia Geral, como se vê, abordaram apenas o problema dos atos de violência contra esse setor da população e entraram timidamente no tema de seus direitos humanos, quanto mais qualificados ou determinados. No entanto, o problema é muito mais amplo e as situações de discriminação enfrentadas por esse grupo vão além de meros atos de violência (tradução nossa).⁴²³

Vale ressaltar aqui também a “Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”, de 2013, que já em seu preâmbulo ressalta a

⁴²⁰ ALVARADO, Dante M. Negro. Orientación sexual, identidad y expresión de género em el Sistema Interamericano, p. 153-175. **Agenda Internacional**, Ano XVII, nº 28, 2010, p. 154-155.

⁴²¹ “6. To ask the IACHR and the Inter-American Juridical Committee each to prepare a study on the legal implications and conceptual and terminological developments as regards sexual orientation, gender identity, and gender expression...”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução 2653 da Assembleia Geral**: Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, de 07 de junho de 2011. Disponível em <<https://arc-international.net/wp-content/uploads/2012/09/2011-OAS-GA-RES.-2653-Human-Rights-Sexual-Orientation-Gender-Identity.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução 2807 da Assembleia Geral**: Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, de 06 de junho de 2013. Disponível em <http://www.oas.org/pt/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>. Acesso em 30 e outubro de 2019.

⁴²³ “El tema de la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI es una materia compleja y puede ser abordado desde diferentes perspectivas. Las resoluciones de la Asamblea General, como se puede ver, solo han abordado la problemática de los actos de violencia contra este sector de la población y tímidamente se han adentrado en la temática de sus derechos humanos, menos aún los han cualificado o determinado. Sin embargo, el problema es mucho más extenso y las situaciones de discriminación que enfrenta este colectivo van más allá de los meros actos de violencia”. ALVARADO, Dante M. Negro. Orientación sexual, identidad y expresión de género em el Sistema Interamericano, p. 153-175. **Agenda Internacional**, Ano XVII, nº 28, 2010, p. 155-156.

especial discriminação sofrida pelas pessoas LGBTI+ e também o “o aumento dos crimes de ódio motivados por gênero, religião, orientação sexual, deficiência e outras condições sociais”.⁴²⁴

Em seu artigo 1º, o referido instrumento estabelece que a discriminação é

é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.⁴²⁵

Pelo mesmo dispositivo, ainda, a discriminação pode ser baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero.

Infelizmente, no que pese a sua *extrema importância* para o SIDH, a Convenção ainda não entrou em vigor, contando com apenas uma única ratificação até o momento, por parte do Estado uruguaio.⁴²⁶

3.3.2 A diversidade sexual e de gênero na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Independente de previsão expressa nos principais instrumentos do Sistema, a CIDH também não se quedou inerte às massivas violações de direitos humanos de indivíduos LGBTI+. Leciona Terezo que:

⁴²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.** Disponível em <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.** Disponível em <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância:** Assinaturas e ratificações. Disponível em <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

Além disso, as audiências públicas promovidas pela CIDH têm sido caracterizadas pelo debate em torno do assunto desde 2005, quando tratou de grupos vulneráveis em Honduras; em 2006, sobre a discriminação baseada na orientação sexual no Peru; culminando com uma audiência sobre as Américas em matéria de discriminação baseada em gênero, raça e orientação sexual em 2008.

Desde então, todos os anos a CIDH realiza audiências sobre o assunto: 2009, a situação da Colômbia e a regulamentação da união entre homossexuais; 2010, situação do Brasil, Venezuela e países da América Central; 2011, situação do Haiti; 2012, casos da Guatemala; 2013, situação dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais (LGBTI) para povos indígenas e, em particular, os direitos de intersexuais e lésbicas (tradução nossa).⁴²⁷

Ademais, a Comissão incluiu em seu plano estratégico de 2011-2015 o Plano de Ação 4.6.i, que trata especificamente dos direitos humanos das pessoas LGBTI+, em que se reconheceu que tais indivíduos estão historicamente submetidos à discriminação, perseguição e abusos.⁴²⁸

Finalmente, em fevereiro de 2014 entrou em funcionamento a Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais, atualmente sob a responsabilidade da Comissionada Flávia Piovesan.⁴²⁹

A CIDH também publicou dois informes sobre os direitos humanos das pessoas LGBTI+. O primeiro, intitulado “*Violência contra personas LGBTI*”, data de 2015 e traz em seu texto informações sobre a especificidade das diversas formas de violência contra as pessoas LGBTI+, os impactos negativos de leis que criminalizam estas pessoas, a interseccionalidade com outros grupos e as respostas estatais frente a tais violações.⁴³⁰

⁴²⁷ TEREZO, Cristina Figueiredo. Derechos humanos y diversidad sexual em el Sistema Interamericano, p. 379-402. In: **Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables**. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 381-382.

⁴²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Plano de acción 4.6.1 (2011-2012): Personas LGBTI**. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴²⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bissexuales, Trans e Intersex**. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015..

O segundo, “*Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*”,⁴³¹ buscou trazer um informe que analise “o reconhecimento dado aos direitos dessas pessoas à luz das ações legislativas, judiciais, políticas e programáticas adotadas pelos Estados da região para reconhecer, respeitar e garantir seus direitos humanos até o momento”.⁴³²

O primeiro caso envolvendo diversidade sexual e de gênero analisado pela Comissão foi o caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia.⁴³³ A vítima, cumprindo sentença privativa de liberdade, requereu a autorização para a visita íntima de sua companheira de vida, a qual foi negada pela direção do centro reclusivo. O Estado justificou tal negativa em razão da “segurança, disciplina e moralidade das instituições penitenciárias”.⁴³⁴

A Comissão considerou que tais atos constituiriam, em tese, uma violação do artigo 11.2 da CADH, que resguarda o direito à privacidade⁴³⁵, configurando uma ingerência abusiva e arbitrária na vida privada da vítima⁴³⁶. O caso, contudo, teve

⁴³¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. OAS/Ser.L/V/II.170, 2018.

⁴³² “[...] analice el reconocimiento dado a los derechos de estas personas a la luz de las acciones legislativas, decisiones judiciales, políticas y programáticas adoptadas por los Estados de la región para reconocer, respetar y garantizar sus derechos humanos a la fecha”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. OAS/Ser.L/V/II.170, 2018, p. 21.

⁴³³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe N° 71/99**: Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 04 de maio de 1999. Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴³⁴ “11. El Estado no ha cuestionado la admisibilidad del caso. En lo que se refiere a la cuestión de fondo, el Estado justificó su negativa a permitir la visita íntima por razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe N° 71/99**: Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 04 de maio de 1999. Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴³⁵ “11.2 Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana de Derechos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴³⁶ “21. La Comisión considera que el reclamo de la peticionaria se refiere a hechos que podrían constituir –inter alia– violaciones al artículo 11(2) de la Convención Americana en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias a su vida privada. En la fase sobre el fondo, la CIDH determinará en definitiva el ámbito del concepto de la vida privada y la protección que debe acordarse en el caso de las personas privadas de su libertad”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe N° 71/99**: Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 04 de maio de 1999. Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

uma solução amistosa entre a vítima e o Estado, não sendo analisado pela CoIDH, portanto.⁴³⁷

Mais recente, vale destacar também o caso Azul Rojas Marín e outra vs. Peru, em que figura como vítima uma mulher trans, que foi alvo de discriminação.⁴³⁸

Recebida em 15 de abril de 20019 pela CIDH, a petição alegava que Azul Rojas Marín, que à época se identificava como um homem cisgênero e gay, foi ilegal e arbitrariamente detida por policiais peruanos, e que durante sua detenção foi alvo de graves agressões físicas e psicológicas, aí incluída a tortura sexual. A petição alegou, ainda, que a tortura tinha como objetivo humilhá-la e castigá-la por sua orientação sexual.⁴³⁹

O Estado, por sua vez, alegou que a detenção havia observado o devido processo legal, e que todas as investigações acerca do caso haviam sido realizadas.⁴⁴⁰

Ao analisar o caso, a Comissão assinalou que as detenções ilegais e arbitrárias contra as pessoas LGBTI+ são uma das formas mais comuns e mais preocupantes de discriminação e violência contra tais indivíduos.⁴⁴¹ A Comissão

⁴³⁷ ALVARADO, Dante M. Negro. Orientación sexual, identidad y expresión de género em el Sistema Interamericano, p. 153-175. **Agenda Internacional**, Año XVII, nº 28, 2010, p. 166.

⁴³⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Nº 24/18**: Caso 12.982, Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982FondoEs.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁴³⁹ “3. La parte peticionaria alegó que Azul Rojas Marín fue detenida ilegal y arbitrariamente por funcionarios policiales, y que durante su detención fue objeto de graves agresiones físicas y psicológicas, incluyendo tortura sexual. Alegó que la tortura tuvo como fin humillarla y castigarla por su orientación sexual. Sostuvo que la investigación penal no fue un recurso efectivo ya que no se investigaron con debida diligencia los hechos. Agregó que Azul fue revictimizada. También alegó que la madre de Azul, Juana Rojas Marín, sufrió graves afectaciones a su salud por lo ocurrido a su hija.” COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Nº 24/18**: Caso 12.982, Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982FondoEs.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁴⁴⁰ “4. El Estado alegó que la detención de Azul Rojas Marín fue ajustada al debido proceso y la normativa legal. En relación con los hechos denunciados durante su detención, el Estado sostuvo que las autoridades internas en el marco de su competencia investigaron debidamente lo sucedido y realizaron las determinaciones jurídicas que correspondían”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Nº 24/18**: Caso 12.982, Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982FondoEs.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

⁴⁴¹ “68. La Comisión ha indicado que las detenciones ilegales y arbitrarias en el contexto general de abuso policial contra las personas LGBT, es una de las formas más comunes y de mayor preocupación que la CIDH ha identificado en casos de discriminación y violencia contra dichas

reconheceu também que a violência sexual no presente caso poderia ser entendida como tortura, com o objetivo de castigar a vítima por transpassar as normas de gênero socialmente estabelecidas.⁴⁴²

A CIDH concluiu, por fim, ter havido uma violação dos artigos 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8ª (garantias judiciais), 11º (proteção da honra e da dignidade), 24º (igualdade perante a lei) e 25º (proteção judicial), todos combinados com a obrigação geral de não discriminação prevista no artigo 1.1 da CADH. Reconheceu, também, a violação dos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.⁴⁴³

personas en la Región. Como fue establecido en la sección de hechos probados, dicho contexto ha sido verificado en Perú”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Nº 24/18**: Caso 12.982, Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982FondoEs.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019..

⁴⁴² “99. El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes también ha señalado que en una parte considerable de los casos de tortura a personas LGBT hay indicaciones de que se les somete con frecuencia a ‘actos de violencia de índole sexual, como violaciones o agresiones sexuales, a fin de ‘castigarlos’ por transpasar las barreras del género o por cuestionar ideas predominantes con respecto al papel de cada sexo’. De igual forma, se ha considerado que ‘los elementos del propósito y la intención de la definición de tortura [...] se reúnen siempre que un acto está motivado por el género o se ha cometido contra determinadas personas en razón de su sexo, su identidad de género, su orientación sexual real o aparente, o su incumplimiento de las normas sociales relativas al género y la sexualidad’. En un informe más reciente, el Relator actual sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes recalcó que ‘los estereotipos de género influyen cuando se quita importancia al dolor y el sufrimiento que ciertas prácticas generan en las mujeres, las niñas y las personas [LGBT]. Además, el género se combina con otros factores e identidades, como la orientación sexual, la discapacidad y la edad, que pueden hacer más vulnerables a las personas frente a la tortura y los malos tratos’”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Nº 24/18**: Caso 12.982, Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982FondoEs.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019..

⁴⁴³ “147. Con base en las consideraciones de hecho y de derecho expuestas a lo largo del presente informe, la Comisión Interamericana concluye que el Estado de Perú es responsable por: La violación de los derechos establecidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 11 y 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Azul Rojas Marín; La violación de los artículos 5.1, 5.2, 11.2 y 24 de la Convención Americana, así como del incumplimiento de los artículos 1 y 6 de la CIPST en perjuicio de Azul Rojas Marín; La violación de los derechos establecidos en los artículos 5.1, 8.1, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por la violación de su deber de investigar hechos de tortura, establecida respectivamente en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, todo en perjuicio de Azul Rojas Marín; La violación del derecho a la integridad psíquica y moral establecido en el artículo 5.1 de la Convención Americana en perjuicio de Juana Rosa Tanta Marín, como madre de Azul Rojas Marín.” COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Nº 24/18**: Caso 12.982, Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982FondoEs.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

Ante o não cumprimento das medidas prescritas em seu relatório final, a CIDH submeteu o caso à jurisdição da CoIDH em 22 de agosto de 2018. O caso foi recebido pela Corte em 17 de dezembro de 2018, não havendo ainda uma decisão final sobre o caso.⁴⁴⁴

3.3.3 A diversidade sexual e de gênero e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A CoIDH, por sua vez, não possui tantos avanços em matéria de diversidade sexual e de gênero quanto a Comissão. Contudo, de extrema importância para o avanço de tais direitos no continente foi o caso *Atala Rizzo e crianças vs. Chile*, julgado em 24 de fevereiro de 2012.

Em 14 de janeiro de 2003, o pai das crianças, Ricardo Jaime López Allendes, interpôs uma demanda de guarda perante o Juizado de Menores de Villarrica, alegando que o desenvolvimento físico e emocional das crianças estaria em sério risco caso continuassem a serem criadas pela mãe, uma vez que a nova “opção de vida sexual” e a convivência lésbica com outra mulher estaria provocando danos ao desenvolvimento das menores. Indo além, o pai das crianças alegou também que o relacionamento lésbico afetava os valores fundamentais da família como núcleo da sociedade, bem como que o relacionamento apresentava um risco médico às crianças, uma vez que casais homossexuais estavam permanentemente expostos à doenças sexualmente transmissíveis, como herpes e AIDS.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Rojas Marín e outra vs. Peru**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/rojas_marin_y_otras.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

⁴⁴⁵ “Em 14 de janeiro de 2003, o pai das três crianças interpôs uma demanda de guarda ou tutela perante o Juizado de Menores de Villarrica, por considerar que o ‘desenvolvimento físico e emocional [das crianças estaria] em sério risco’ caso continuassem sob os cuidados da mãe. Nessa demanda o senhor López alegou que a senhora Atala ‘não esta[va] capacitada para cuidar d[as três crianças, e por elas zelar, porque] sua nova opção de vida sexual, somada a uma convivência lésbica com outra mulher, est[ava] provocando [...] consequências danosas ao desenvolvimento dessas menores [de idade], pois a mãe não ha[via] demonstrado interesse algum em proteger [...] o desenvolvimento integral dessas menores, e por ele zelar’. O senhor López também argumentou que ‘[a] indução a atribuir normalidade na ordem jurídica a casais do mesmo sexo [implicava] desnaturalizar o sentido de casal humano, homem-mulher e, portanto, altera[va] o sentido natural da família, [...] pois afeta[va] os valores fundamentais da família como núcleo central da sociedade’, razão pela qual “a opção sexual exercida pela mãe altera[ria] a convivência sadia, justa e normal a que t[er]iam direito [as crianças M., V. e R.]”. Por último, o senhor López

Em primeira instância, após o impedimento do juiz titular, a juíza substituta do Juizado de Menores de Villarrica proferiu sentença de mérito sobre o assunto, entendendo que a orientação sexual da Sra. Atala não representava um impedimento para a custódia das suas três filhas, concedendo-lhe a guarda das crianças.⁴⁴⁶

Contudo, em 31 de maio de 2004, por três votos contra dois, a Quarta Câmara da Corte Suprema de Justiça do Chile concedeu a guarda definitiva ao genitor, posicionando-se no seguinte sentido:

A Corte Suprema considerou, além disso, que as crianças se encontravam numa “situação de risco” que as situava num “estado de vulnerabilidade em seu meio social, pois é evidente que seu ambiente familiar excepcional se diferencia[va] significativamente daquele em que vivem seus companheiros de escola e relações da vizinhança em que moram, expondo-as a ser objeto de isolamento e discriminação que igualmente afetará seu desenvolvimento pessoal”. Portanto, a Corte Suprema considerou que as condições descritas constituem “causa qualificada”, em conformidade com o artigo 225 do Código Civil, para justificar a entrega da guarda ao pai, dado que a situação atual configurava “um quadro que provoca o risco de danos, que poderiam se tornar irreversíveis para os interesses das menores [de idade], cuja proteção deve ter prioridade sobre qualquer outra consideração”. A Corte concluiu que os juízes recorridos falharam ao “não terem avaliado de maneira estritamente consciente os antecedentes probatórios do processo”, e ao “terem preterido o direito preferencial das menores de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio, ha[viam] incorrido em falta ou abuso grave, que deve ser corrigido mediante o acolhimento do presente recurso de agravo” (grifo nosso).⁴⁴⁷

A CoIDH, norteando-se pelo princípio *pro persona* que deve orientar suas decisões, lançou mão da interpretação evolutiva dos instrumentos de direitos

arguiu que ‘haver[ia] que somar todas as consequências que, no plano biológico, implica[ria] para as menores [de idade] viver junto a um casal lésbico[, pois] com efeito apenas no plano de doenças, estas, por suas práticas sexuais, est[aria]m expostas de maneira permanente ao surgimento de herpes [e] AIDS’”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 31.

⁴⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 44-49.

⁴⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 57.

humanos, entendendo que o termo “outra condição social” presente na CADH deveria ser interpretado conforme a opção mais favorável à pessoa e, também, a evolução recente dos direitos fundamentais no direito internacional contemporâneo.⁴⁴⁸

A CoIDH também apontou que entre 2008 e 2012, a Assembleia Geral da OEA aprovou quatro resoluções sobre a proteção das pessoas contra tratamentos discriminatórios com base na orientação sexual e identidade de gênero.⁴⁴⁹

Indo além do Sistema Interamericano, a Corte trouxe referências a julgados da CoEDH, que reconheceram que orientação sexual é considerada uma “outra condição” em se tratando de tratamentos discriminatórios,^{450, 451} do Comitê de Direitos Humanos, o qual entendeu que a referência à categoria “sexo” era ampla o suficiente para incluir também a orientação sexual,^{452, 453} do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e também da própria Assembleia Geral da ONU, a qual aprovou, em 22 de dezembro de 2008, a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

⁴⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 83-85.

⁴⁴⁹ “A esse respeito, no Sistema Interamericano, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada “OEA”) aprovou, desde 2008, em seus períodos de sessões anuais, quatro resoluções sobre a proteção das pessoas contra tratamentos discriminatórios com base na orientação sexual e identidade de gênero, mediante as quais exigiu a adoção de medidas concretas para uma proteção eficaz contra atos discriminatórios”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 86.

⁴⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 87.

⁴⁵¹ Neste sentido, ver também: Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, (n. 33.290/96), Sentença de 21 de dezembro de 1999. Final, 21 de março de 2000, par. 28; Caso L. e V. Vs. Áustria (no 39.392/98 e 39.829/98), Sentença de 9 de janeiro de 2003. Final, 9 de abril de 2003, par. 45; Caso S. L. Vs. Áustria, (no 45.330/99), Sentença de 9 de janeiro de 2003. Final, 9 de abril de 2003, par. 37; e Caso E.B. Vs. França, (no 43.546/02), Sentença de 22 de janeiro de 2008, par. 50.

⁴⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 88.

⁴⁵³ COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Toonen Vs. Austrália**, Comunicação n. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, de 4 de abril de 1992. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws488.htm>>. Acesso em 31 de outubro de 2019, par. 8.7.

Com base na vasta jurisprudência internacional, a CoIDH, então, se manifestou da seguinte maneira:

Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.⁴⁵⁴

Sobre o julgamento, assinala Piovesan que:

No entender unânime da Corte Interamericana, o Chile violou os artigos 1º, parágrafo 1º, e 14 da Convenção Americana, por afrontar o princípio da igualdade e da proibição da discriminação. À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva compreendendo a Convenção como um *living instrument*, ressaltou a Corte que a cláusula do artigo 1º, parágrafo 1º, é caracterizada por ser uma cláusula aberta de forma a incluir a categoria da orientação sexual, impondo aos Estados a obrigação geral de assegurar o exercício de direitos, sem qualquer discriminação. Argumentou ainda que “a igualdade é inseparável da dignidade essencial de cada pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, implique tratá-lo com privilégios; ou que, a contrario sensu, por considerá-lo inferior o trate com hostilidade, ou, de qualquer forma, o discrimine no gozo de direitos reconhecidos”. Enfatizou que o princípio da igualdade e da proibição de discriminação ingressou no domínio do *jus cogens* na atual etapa evolutiva do Direito Internacional, amparando a ordem pública nacional e internacional que permeia todo ordenamento jurídico. Concluiu que “nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridade estatal, seja por particular, podem diminuir ou restringir direitos de pessoas com base em orientação sexual”.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 91.

⁴⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

A Corte também julgou em agosto de 2016 o caso *Flor Freire vs. Equador*, envolvendo tratamento discriminatório no âmbito de um processo disciplinar militar, com base em uma suposta relação sexual da vítima com um soldado.⁴⁵⁶ Sobre a discriminação no caso, a Corte relatou o que segue:

Preliminarmente, o Tribunal recordou que a orientação sexual de uma pessoa está ligada ao conceito de liberdade e à possibilidade de qualquer pessoa se autodeterminar e escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias opções e convicções. Portanto, a orientação sexual de uma pessoa dependerá de como ela se identifica. No presente caso, o Sr. Flor Freire negou repetidamente a ocorrência do ato sexual com outro homem e afirmou consistentemente que não se identifica como homossexual. Portanto, para o Tribunal, a maneira pela qual o Sr. Flor Freire se identifica é a única coisa relevante ao definir sua orientação sexual (tradução nossa).⁴⁵⁷

A Corte decidiu que a diferença de tratamento por parte da legislação militar entre o sexo heterossexual e o sexo homossexual configurava uma forma evidente de discriminação com base na orientação sexual, o que era vedado pelo artigo 1.1 da Convenção Americana. Como uma das formas de reparação, a Corte determinou ao Estado equatoriano que colocasse em prática programas de capacitação contínuo e permanente sobre a proibição de discriminação com base na orientação sexual.⁴⁵⁸

Mais recente e igualmente importante para o avanço dos direitos humanos dos indivíduos LGBTI+ no âmbito da CIDH, a Corte, utilizando-se da sua

⁴⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Flor Freire vs. Equador**. Sentença em 31 de agosto de 2016. Série C, nº 315. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

⁴⁵⁷ “De manera preliminar, la Corte recordó que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, por lo que la orientación sexual de una persona dependerá de cómo esta se autoidentifique. En el presente caso, el señor Flor Freire ha negado reiteradamente la ocurrencia del acto sexual con otro hombre y ha afirmado de manera consistente que no se identifica como homosexual. Por tanto, para la Corte, la manera como el señor Flor Freire se identifica es lo único relevante al momento de definir su orientación sexual”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Flor Freire vs. Equador**. Sentença em 31 de agosto de 2016. Série C, nº 315. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

⁴⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Flor Freire vs. Equador**. Sentença em 31 de agosto de 2016. Série C, nº 315. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

competência consultiva,⁴⁵⁹ emitiu a OC 24/17,⁴⁶⁰ que trata especificamente da temática de identidade de gênero e sexualidade.

Em 2016, a República da Costa Rica requereu um parecer consultivo da CoIDH sobre os seguintes temas:

- a) A proteção prevista nos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao artigo 1 da CADH para o reconhecimento da mudança de nome dos indivíduos, de acordo com a identidade de gênero de cada um.
- b) A compatibilidade entre a aplicação do artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63 de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome com base em sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção.
- c) A proteção prevista nos artigos 11.2 e 24 em relação ao artigo 1 da CADH para o reconhecimento dos direitos patrimoniais derivados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo (tradução nossa).⁴⁶¹

Ressaltando o seu dever institucional em interpretar a CADH de acordo com o seu fundamento principal, que é a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana,⁴⁶² e o fato de os tratados de direitos humanos serem instrumentos vivos,

⁴⁵⁹ Sobre a competência consultiva da Corte, leciona Mazzuoli que: “Todos os Estados-membros da OEA têm o direito de provocar a competência consultiva da Corte Interamericana relativamente à interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos”. Em: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 64, p. 346-350 In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 346.

⁴⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

⁴⁶¹ “[...] a) La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una; b) La compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica9 , Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención; c) La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 1.

⁴⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 57-58.

cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida,⁴⁶³ a Corte se posicionou da seguinte maneira.

Em relação ao ponto “a” acima citado, sobre o direito à mudança de nome de acordo com a identidade de gênero do indivíduo, a Corte Interamericana se manifestou no seguinte sentido:

A mudança de nome, a adequação da imagem, bem como a retificação à menção de sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade, para que estes estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida, é um direito protegido pelo Artigo 18 (direito ao nome), mas também pelos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (direito à liberdade), 11.2 (direito à privacidade) da Convenção Americana. Como resultado do exposto, de acordo com a obrigação de respeitar e garantir direitos sem discriminação (artigos 1.1 e 24 da Convenção) e com o dever de adotar as disposições do direito interno (artigo 2 da Convenção), os Estados são obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos apropriados para tais fins (tradução nossa).⁴⁶⁴

Quanto à segunda pergunta, sobre os critérios que devem ser observados pela legislação interna da Costa Rica e a adequação do Código Civil costa-riquenho, a Corte sustentou que cabe aos Estados estabelecerem e decidirem sobre o procedimento mais adequado em seu ordenamento interno, devendo observar os seguintes requisitos mínimos: devem estar focados na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; o procedimento deve ser baseado no consentimento livre e consciente do indivíduo; o procedimento deve ser confidencial;

⁴⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par.58.

⁴⁶⁴ “El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género autopercebida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 116.

o procedimento, quando possível, deve ser gratuito; e não devem exigir operações cirúrgicas ou tratamentos hormonais.⁴⁶⁵

Por fim, em relação ao questionamento sobre o reconhecimento de direitos patrimoniais entre casais do mesmo sexo, a CoIDH sustentou que:

A Convenção Americana protege, com base no direito à proteção da vida privada e familiar (artigo 11.2), bem como o direito à proteção da família (artigo 17), o vínculo familiar que pode derivar do relacionamento de um casal do mesmo sexo. A Corte também considera que todos os direitos patrimoniais entre pessoas do mesmo sexo, decorrentes do vínculo familiar, devem ser protegidos, sem discriminação em relação a casais heterossexuais, de acordo com o direito à igualdade e à não discriminação (artigos 1.1 e 24). Não obstante o exposto, a obrigação internacional dos Estados transcende questões relacionadas apenas aos direitos econômicos e é projetada para todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, bem como para os direitos e obrigações reconhecidos no direito interno de cada Estado decorrentes dos laços familiares de casais heterossexuais (tradução nossa).⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ “Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa³³⁶, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acceso en: 31 de octubre de 2019, par. 160.

⁴⁶⁶ “La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterossexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterossexuales”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acceso en: 31 de octubre de 2019, par. 199.

Através de tais entendimentos, a Corte Interamericana reafirmou o seu compromisso com o direito à igualdade, que entende ser inseparável da dignidade essencial da pessoa humana, sendo incompatível com a Convenção qualquer tratamento discriminatório.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ “La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2019, par. 61.

4 DIREITO DE (TRANS)CENDER: O direito humano à identidade de gênero na Convenção Americana de Direitos Humanos

Conforme demonstrado previamente, a ausência de proteção expressa e específica dos indivíduos LGBTI+ no Sistema Interamericano não impediu os avanços na matéria, ainda que estes tenham sido tímidos.

Utilizando-se da ideia de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, que acompanham as mudanças nos tempos e na sociedade, o Sistema Interamericano se mostrou capaz de acompanhar a evolução das demandas de direitos humanos⁴⁶⁸ e, assim, garantir a proteção dos indivíduos LGBTI+. Tais instrumentos, afinal, possuem como fundamento precípua a ideia de maior proteção do indivíduo e dos seus direitos, devendo se manter atuais e efetivos na proteção dos direitos.⁴⁶⁹

Isto posto, levantamos o seguinte questionamento: é possível, utilizando-se da ideia de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, reconhecer a *identidade de gênero* como um *direito humano* assegurado pela Convenção Americana?

O entendimento mais recente da CoIDH sobre o tema define identidade de gênero como:

A identidade de gênero é a experiência interna e individual de gênero, conforme cada pessoa a sente, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a experiência pessoal do corpo (que pode envolver - ou não - a modificação aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros, desde que sejam livremente escolhidos) e outras expressões de gênero, incluindo roupas, fala e boas maneiras. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a auto-identificação e se refere à experiência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e sua expressão também assumem muitas formas, algumas pessoas não se identificam

⁴⁶⁸ GRAHAM, Randal N. M. Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review**: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference 34, 2006, p. 177.

⁴⁶⁹ NARVÁEZ, Carlos Enrique Arévalo; RAMÍREZ, Paola Andrea Patarroyo. Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights, p. 295-331. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 10, 2017, p. 314.

como homens ou mulheres, ou se identificam como ambas (tradução nossa).⁴⁷⁰

Prosseguindo neste sentido, tanto a CIDH quanto a CoIDH entendem como pessoas trans aquelas cuja identidade de gênero, *independiente de qual seja*, é diversa do gênero que lhes foi assinalado ao nascer, independente de transformações corporais, intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos.^{471, 472} Aí estão inclusas, por exemplo, as pessoas que não se identificam com qualquer dos gêneros, com ambos, como queer. Enfim, qualquer identidade de gênero que não se adeque às prescrições da cisnormatividade.⁴⁷³

⁴⁷⁰ “La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acceso en: 31 de octubre de 2019, par. 32.f.

⁴⁷¹ “Personas trans, es el término paraguas frecuentemente utilizado para describir las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. La identidad de género no la determinan las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos. Sin embargo, éstos pueden ser necesarios para la construcción de la identidad de género de algunas personas trans”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015, p. 32.

⁴⁷² “Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer⁵⁰. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa’afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acceso en: 31 de octubre de 2019, par. 32.h.

⁴⁷³ “Existen otros términos que a veces son utilizados como queer, o personas no conformes con el género. Este último término hace referencia a personas que no están de acuerdo y no siguen las ideas o estereotipos sociales acerca de cómo deben actuar o expresarse con base en el sexo que les asignaron al nacer.⁵² Los términos personas trans y personas no conformes con el género, también pueden ser utilizados como términos paraguas para incluir conceptos como Transexual, Travesti, Género Queer, Dos Espíritus, entre otros. Sin embargo, no todas las personas trans son personas no conformes con el género y viceversa”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE

Segundo Gonçalves, a identidade assume uma grande importância para pessoa trans, no sentido de que para ela, a identidade é o meio de afirmação da individualidade, individualidade esta que se opõe à identidade assinalada ao nascer.⁴⁷⁴

No contexto latino-americano, importante também ressaltar a conceituação do termo dada pela lei argentina nº 26.743, “Lei de Identidade de Gênero”, promulgada em maio de 2012. Dispõe o artigo 2º da referida lei que:

Entende-se identidade de gênero como a experiência interna e individual de gênero, conforme cada pessoa a sente, a qual pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a experiência pessoal do corpo. Isso pode envolver a modificação da aparência ou função corporal por meios farmacológicos, cirúrgicos ou outros, desde que seja livremente escolhido. Também inclui outras expressões de gênero, como vestuário, fala e maneirismos (tradução nossa).⁴⁷⁵

Em sentido semelhante, a lei chilena nº 21.120, que reconhece e protege o direito à identidade de gênero, define a identidade de gênero, em seu artigo 1º, como a “convicção pessoal e interna de ser homem ou mulher, tal como a pessoa percebe a si mesma, a qual pode ou não corresponder com o sexo e nome que constam da certidão de nascimento (tradução nossa)”.⁴⁷⁶

Além de não prever um “direito à identidade de gênero” no seu corpo, a Convenção Americana também não prevê um direito à identidade, ao menos não de

DIREITOS HUMANOS. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015,. p. 33.

⁴⁷⁴ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 202.

⁴⁷⁵ “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. ARGENTINA. **Lei nº 26.743**, de 23 de maio de 2012. Estabelece o direito à identidade de gênero. Disponível em <https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ley_26.743_de_identidad_de_genero.pdf>. Acesso em: 1º de novembro de 2019.

⁴⁷⁶ “Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento”. CHILE. **Lei nº 21.120**, de 28 de novembro de 2018. Reconhece e dá proteção ao direito à identidade de gênero. Disponível em: <<http://bcn.cl/283xn>>. Acesso em: 1º de novembro de 2019.

maneira expressa. Contudo, a ausência de previsão expressa não impediu os órgãos do SIDH de desenvolver um direito à identidade no âmbito do sistema.

Em março de 2007, a Presidente do Conselho Permanente da OEA encaminhou um pedido ao Comitê Jurídico Interamericano, solicitando uma opinião sobre o alcance do direito à identidade.⁴⁷⁷

No referido parecer, de agosto de 2007, o Comitê entendeu ser o direito a identidade essencial à dignidade humana, sendo um direito fundamental de caráter *erga omnes*, não admitindo qualquer suspensão ou derrogação.⁴⁷⁸ Tal direito, apesar de não encontrar previsão expressa na CADH, se origina de vários dos direitos lá previstos, como o direito ao nome, à nacionalidade, à personalidade jurídica, mas não se confunde com nenhum deles e nem pode ser visto como a simples somatória destes, constituindo-se em um direito autônomo.⁴⁷⁹

A Corte sustenta que “um aspecto central do reconhecimento da dignidade constitui-se na possibilidade de todo ser humano de autodeterminar-se e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido a sua vida, conforme suas próprias convicções”.⁴⁸⁰

Sobre o direito à identidade, a Corte Interamericana, em sentido semelhante, se manifestou da seguinte maneira:

⁴⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Opinião aprovada pelo Comitê Jurídico Interamericano sobre o alcance do direito à identidade**, de 10 de agosto de 2007. Disponível em < http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf>. Acesso em: 1º de novembro de 2019.

⁴⁷⁸ “12. El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expression de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Opinião aprovada pelo Comitê Jurídico Interamericano sobre o alcance do direito à identidade**, de 10 de agosto de 2007. Disponível em < http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf>. Acesso em: 1º de novembro de 2019, par. 12.

⁴⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Opinião aprovada pelo Comitê Jurídico Interamericano sobre o alcance do direito à identidade**, de 10 de agosto de 2007. Disponível em < http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf>. Acesso em: 1º de novembro de 2019, par. 12-15.

⁴⁸⁰ “Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 1º de novembro de 2019, par. 88.

Da mesma forma, o direito à identidade pode ser conceituado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e, nesse sentido, inclui vários outros direitos, dependendo do sujeito dos direitos em questão e as circunstâncias do caso (tradução nossa).⁴⁸¹

No caso acima citado, por exemplo, utilizando-se do artigo 8^a da Convenção sobre os Direitos da Criança, a CoIDH relacionou o direito à identidade aos direitos assinalados no referido dispositivo, como o direito à nacionalidade, ao nome e às relações familiares.⁴⁸² O mesmo entendimento foi reiterado pouco tempo depois no caso *Fornerón e Filha vs. Argentina*, de 2012.⁴⁸³

Outro grande avanço no direito à identidade por parte da Corte Interamericana se deu no caso *Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*, de outubro de 2014, em que o órgão decidiu que:

Assim, a identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, ambas baseadas em uma experiência histórica e biológica, bem como na maneira com que esse indivíduo se relaciona com os outros, através do desenvolvimento de vínculos nos níveis familiar e sociais. Da mesma forma, o Tribunal reconheceu que a identidade é um direito que inclui vários elementos, incluindo, mas não se limitando, nacionalidade, nome e relações familiares. A esse respeito, a Corte recorda que a Convenção Americana protege esses elementos como direitos em si mesmos. No entanto, nem todos esses direitos estarão necessariamente envolvidos em todos os casos relacionados ao direito à identidade. No presente caso, a afetação do direito à identidade se reflete em atos arbitrários ou abusivos de interferência na

⁴⁸¹ “[...] Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**, Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 122.

⁴⁸² “122. Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**, Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 122.

⁴⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Forneron e Filha vs. Argentina**, Sentença de 27 de abril de 2011. Série C, nº 242. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 123.

vida privada e familiar, bem como nos efeitos no direito à proteção da família e ao desfrute dos relacionamentos familiares (tradução nossa).⁴⁸⁴

Na OC-24/17, a CoIDH reiterou este entendimento de que, no que pese não encontrar previsão expressa no corpo da CADH, o direito à identidade é um direito humano tutelado pelo SIDH, desenvolvendo-se a partir de outros direitos lá assegurados, tais como o direito ao nome, à nacionalidade e à personalidade jurídica. A Corte também reiterou a ideia de que, no que pese derivar destes, o direito à identidade não se reduz, confunde ou subordina a qualquer destes direitos, sendo um componente essencial à própria dignidade da pessoa humana.⁴⁸⁵

Na referida opinião consultiva, a Corte também defende que a identidade é uma característica essencial à própria individualidade da pessoa humana, relacionando-se com a sua experiência histórica e biológica. Assevera o órgão que:

Da mesma forma, pode-se entender que esse direito está intimamente ligado à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, tendo ambas como base uma experiência histórica e biológica, bem como a maneira com que se relacionam com os outros, através do desenvolvimento de laços familiares e sociais. Isso também implica que as pessoas podem experimentar a necessidade de serem reconhecidas como entidades diferenciadas e diferenciáveis de outras. Para atingir esse objetivo, é inevitável que o Estado e a sociedade respeitem e garantam a

⁴⁸⁴ “[...] Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social²⁰³. De igual forma, la Corte ha reconocido que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos y sin ánimo de exhaustividad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Al respecto, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos. No obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. En el presente caso, la afectación del derecho a la identidad se refleja en los actos de injerencia arbitrarias o abusivas en la vida privada y de familia, así como en afectaciones al derecho a la protección de la familia y a disfrutar de las relaciones familiares”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador**, Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C, nº 285. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 116.

⁴⁸⁵ “[...] Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 90.

individualidade de cada um deles, bem como o direito de serem tratados de acordo com os aspectos essenciais de sua personalidade, sem outras limitações além daquelas impostas pela direitos de outras pessoas. Por isso, a consolidação da individualidade da pessoa perante o Estado e a sociedade se traduz em seu poder legítimo de estabelecer a exteriorização de seu modo de ser, de acordo com suas convicções mais íntimas. Do mesmo modo, um dos componentes essenciais de todo plano de vida e a individualização das pessoas é precisamente o gênero e a identidade sexual (tradução nossa).⁴⁸⁶

O direito à identidade, ademais, no entender da CoIDH, possui um valor instrumental para o exercício de outros direitos, tais como os civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de modo que apenas o seu pleno exercício é um meio de garantir o exercício de outros direitos⁴⁸⁷.

Poderia ser entendido, pois, nos termos de *umbrella notion* proposto por Cviic e Tomasevski quanto ao direito ao desenvolvimento⁴⁸⁸: trata-se de um direito humano que envolve vários outros direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, sendo também importante para o exercício destes outros. É composto por vários outros direitos e é essencial ao pleno exercício de outros.

⁴⁸⁶ “Asimismo, se puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acceso en: 02 de noviembre de 2019, par. 91.

⁴⁸⁷ “En ese mismo sentido, esta Corte comparte lo señalado por el Comité Jurídico Interamericano el cual sostuvo que el derecho a la identidad posee “un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales”. Por consiguiente, el mismo se constituye en “un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acceso en: 02 de noviembre de 2019, par. 99.

⁴⁸⁸ CVIIC, Christopher; TOMASEVSKI, Katarina. **Development Aid and Human Rights Revisited**. London: St. Martin's Press, 1993, p. 48.

Sobre a importância da identidade, assevera Gonçalves que:

A identidade, como já afirmado, consiste em atributo inerente à condição humana, compartilhada por todos os Seres. Sem ela, seria difícil manter a consciência de si como sujeito, singularizando o indivíduo enquanto tal. Da essencialidade da identidade para a caracterização do Ser como pessoa, então, resulta a dificuldade de justificar a existência de razão suficiente para vedar a alguns o reconhecimento de sua identidade no plano jurídico, sem com isso incorrer na negativa da própria natureza humana da pessoa a quem a identidade é negada⁴⁸⁹.

Importante destacar, também, a opinião de Cançado Trindade, em voto dissidente no caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*:

O direito à identidade vem reforçar a proteção dos direitos humanos, protegendo cada pessoa contra a desfiguração ou violação de sua "verdade pessoal". *O direito à identidade, englobando os atributos e características que individualizam cada pessoa humana, busca garantir que ela seja fielmente representada em sua projeção no ambiente social e no mundo exterior.* Daí a sua relevância, com um impacto direto na personalidade e capacidade jurídica da pessoa humana nos níveis do direito nacional e internacional (*grifo nosso*) (tradução nossa).⁴⁹⁰

No mesmo julgamento, também se manifestou em voto dissidente o então Juiz Manuel Ventura Robles, o qual assinalou que o direito à identidade possui um caráter dinâmico, cujo desenvolvimento está ligado à evolução da própria personalidade da pessoa, que permite individualizá-lo como único. Prosseguiu o jurista:

⁴⁸⁹ GONÇALVES, GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 144.

⁴⁹⁰ "El derecho a la identidad viene reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su "verdad personal". El derecho a la identidad, abarcando los atributos y características que individualizan a cada persona humana, busca asegurar que sea ésta representada fielmente en su proyección en el entorno social y el mundo exterior. De ahí su relevancia, con incidencia directa en la personalidad y capacidad jurídicas de la persona humana en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Voto dissidente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 16.

A identidade pessoal tem seu ponto de partida na concepção e a sua construção continua durante toda a vida do ser humano, em um processo contínuo que engloba uma multiplicidade de elementos e aspectos que excedem o conceito estritamente biológico e que corresponde à "verdade pessoal" e biográfica do ser humano. Esses elementos e atributos que compõem a identidade pessoal incluem aspectos tão variados quanto a origem ou "verdade biológica", o patrimônio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profissional, familiar e social de uma pessoa, além de outros aspectos mais estáticos por exemplo, características físicas, nome e nacionalidade (tradução nossa).⁴⁹¹

Para Gonçalves, a identidade está em constante transformação, cabendo ao direito, no presente caso especificamente aos direitos humanos, criar normas que assegurem a proteção contínua desse desenvolvimento da identidade, orientando-se com base na dignidade humana, que ressalta o indivíduo como objeto máximo de tutela⁴⁹². Afinal, como lembra Almeida: "Garantida a dignidade humana por meio da não-violação de seus direitos humanos mais essenciais, o que pode o ser humano fazer daí em diante? O homem e a mulher, caso queiram, podem desenvolver-se"⁴⁹³.

Como a própria Corte apontou⁴⁹⁴, o direito à identidade diz respeito à individualidade da pessoa, o reconhecimento da sua singularidade enquanto

⁴⁹¹ "La identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca una multiplicidad de elementos y aspectos que exceden del concepto estrictamente biológico, y que corresponde a la "verdad personal" y biográfica del ser humano. Estos elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados como el origen o la "verdad biológica", el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de un persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentencia de 1º de marzo de 2005. Serie C, nº 120. Voto disidente do Juiz Manuel E. Ventura Robles. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 132.

⁴⁹² GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 128.

⁴⁹³ ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165-166.

⁴⁹⁴ "Asimismo, se puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS

membro de uma coletividade, e aos componentes essenciais do seu plano de vida, sendo a sexualidade e a identidade de gênero parte desta noção de individualidade, merecendo, portanto, a tutela por parte dos instrumentos de direitos humanos.

Sobre a importância da identidade de gênero e sexual, a Corte entendeu que a estas também estão “vinculadas ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias convicções... (tradução nossa)”.⁴⁹⁵ Em igual sentido, assevera Gonçalves:

O delineamento do direito à identidade sexual, assim, ao admitir a identificação civil de acordo com a aparência sinaliza o respeito à pessoa, pelas instituições jurídicas de seu País, preservando o indivíduo da exposição vexatória que acirra sua vulnerabilidade.

Trata-se do oferecimento de uma resposta, a qual, ao possibilitar a alteração do nome e sexo no registro civil, consiste em forma de inclusão ao auxiliar no combate à violência e discriminação, dado o papel simbólico do direito.⁴⁹⁶

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana entende que o processo de aceitação, articulação e reconhecimento da identidade de gênero, bem como da orientação sexual, é um processo *altamente* pessoal.^{497, 498}

Seguindo o entendimento da Corte, é possível concluir que o órgão sustenta, então, que sexo e gênero devem ser entendidos como parte da construção da identidade do indivíduo, sendo resultados do seu livre e autônomo desenvolvimento. A ColDH manifestou-se, então, no seguinte sentido:

HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2019, par. 91.

⁴⁹⁵ “En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia...” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2019, par. 93.

⁴⁹⁶ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 101.

⁴⁹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. OAS/Ser.L/V/II.170, 2018, p. 48-49.

⁴⁹⁸ Vale ressaltar aqui que, com exceção dos relatórios publicados, o posicionamento da Comissão é difícil de ser encontrado, utilizando-se, na maioria das vezes, de manifestações da Corte.

Dessa maneira, o sexo, assim como as identidades, funções e atributos socialmente construídos que são atribuídos às diferenças biológicas em torno do sexo, longe de se tornarem componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza a pessoa, por serem um fato de natureza biológica, acabam sendo *traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detém e repousam na construção da identidade de gênero autopercebida, relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade, autodeterminação sexual e o direito à privacidade*. Portanto, quem decide por assumi-la é o detentor de interesses legalmente protegidos, que em hipótese alguma podem estar sujeitos a restrições pelo simples fato da sociedade não compartilhar deste modo de vida, com base em medos, estereótipos, preconceitos sociais e morais irracionais. Assim, dados os fatores que definem a identidade sexual e de gênero de uma pessoa, deve se dar uma prioridade maior ao fator subjetivo do que às características físicas ou morfológicas (fator objetivo). *Nesse sentido, com base na complexa natureza humana, que leva cada pessoa a desenvolver sua própria personalidade com base na visão particular que tem sobre si mesma, um caráter preeminente deve ser dado ao sexo psicossocial frente ao sexo morfológico, a fim de respeitar plenamente os direitos de identidade sexual e gênero, sendo aspectos que, em maior medida, definem tanto a visão que a pessoa tem diante de si quanto de sua projeção para a sociedade (grifo nosso)* (tradução nossa).⁴⁹⁹

Assim, a Corte entendeu ser a identidade de gênero, como parte da identidade em geral, um componente essencial, um elemento constitutivo, da dignidade da pessoa humana, relacionando-se ao livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação, bem como à individualidade de cada um⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ “De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada parsona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicossocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 99.

⁵⁰⁰ “Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega

Sustentou que a identidade autopercebida subjetivamente prevalece sobre qualquer critério objetivo.

Em igual sentido, a CIDH, quando dos seus estudos, relatórios e demais atividades, entende ser a autoidentificação do indivíduo um princípio norteador da sua atuação.⁵⁰¹

A dignidade da pessoa humana, princípio norteador dos direitos humanos, impõe que o indivíduo, como sujeito e não apenas objeto, possa escolher os caminhos pelos quais irá construir a sua própria identidade, independente da identificação original do nascimento.⁵⁰² Para a CIDH, é necessário criar meios que tornem hábeis o desenvolvimento integral da personalidade do indivíduo, fornecendo as ferramentas necessárias para esse avanço.⁵⁰³

Por fim, sobre o direito à identidade de gênero no âmbito da CADH, posicionou-se a Corte na opinião consultiva que:

A mudança de nome, a adequação da imagem, bem como a retificação à menção de sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade, para que estes estejam de acordo com a identidade de gênero percebida, é um direito protegido por Artigo 18 (direito ao nome), mas também pelos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (direito à liberdade), 11.2 (direito à privacidade) da Convenção Americana. Como consequência do exposto, de acordo com a obrigação de respeitar e garantir direitos sem discriminação (artigos 1.1 e 24 da Convenção) e com o dever de adotar as disposições do direito interno (artigo 2 da Convenção), os Estados eles são obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos apropriados para tais fins (tradução nossa).⁵⁰⁴

un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 88.

⁵⁰¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas**. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015, p. 25.

⁵⁰² GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 114.

⁵⁰³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI**. OAS/Ser.L/V/II.170, 2018, p. 49.

⁵⁰⁴ "El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género autopercebida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los

Logo, ainda que a CADH não possua qualquer disposição sobre um direito humano à identidade de gênero, sequer um direito humano à identidade, a interpretação evolutiva, baseando-se na ideia de maior proteção da pessoa humana, mostrou-se capaz de desprender esse direito dos muitos outros previstos na Convenção.

Ainda que, tal como afirmado pela Corte, o direito à identidade não possa ser diminuído ou sujeito a estes outros direitos do qual se origina, possuindo sua própria autonomia, importa demonstrar como os direitos já previstos na Convenção, e que foram utilizados como base argumentativa na OC-24/17, podem levar, por meio da ideia de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, em constante evolução, à proteção da identidade e, especificamente no presente trabalho, da identidade de gênero, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.⁵⁰⁵

4.1 ARTIGO 1.1: O DIREITO À IGUALDADE.

A igualdade jurídica, formal, idealizada na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, também entendida, na lição de Alexy, como o *direito geral de igualdad*⁵⁰⁶ não é igualdade real. Inclusive, prossegue o autor, a igualdade

derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 116.

⁵⁰⁵ “[...] Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente²¹⁷. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.. Acesso em: 02 de novembro de 2019, par. 90.

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 393-394.

de todos em relações a todas as posições pode criar normas sem sentido, injustas ou, então, incompatíveis com a sua finalidade.⁵⁰⁷

Não basta tratar o indivíduo de forma geral e abstrata, sendo necessária a especificação do sujeito de direito, tratando-o como um ser particular e concreto.⁵⁰⁸ Importante, assim, a igualdade material, direitos de igualdade específica,⁵⁰⁹ correspondente aos ideias de justiça social e distributiva.⁵¹⁰ Como leciona Gonçalves: “Reconhece-se a desigualdade natural entre os homens, admitindo-se a conveniência das diferenças e, mais do que isso, a possibilidade do estabelecimento de tratamento diferenciado sem que isso implique qualquer ilegalidade”.⁵¹¹

Piovesan destaca, ainda, uma terceira vertente de igualdade, também material, mas não mais direcionada às ideias de justiça social e distributiva, mas orientada ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades historicamente oprimidas, reconhecendo-lhes o respeito à diferença e à diversidade.⁵¹² Neste sentido, importante destacar a seguinte lição de Boaventura de Sousa Santos:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.⁵¹³

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.396.

⁵⁰⁸ Leciona Piovesan: “Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade”. Em: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁵⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 393.

⁵¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁵¹¹ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 141.

⁵¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁵¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

Esta terceira vertente é também sustentada por Nancy Fraser, para quem a ideia de *justiça* hoje em dia exige mais do que *redistribuição*, mas também *reconhecimento* das diferenças.⁵¹⁴ Para a teórica estadunidense, o não-reconhecimento de determinados indivíduos é injusto, negando-lhes o direito de participar e existir em sociedade.⁵¹⁵ Deve-se, quando essas reivindicação promovem a paridade de participação, exigir o reconhecimento das particularidades acima e além da humanidade comum.⁵¹⁶ É preciso reconhecer a especificidade para tornar o indivíduo um participante ativo da sociedade. É a condição intersubjetiva da paridade participativa:

Ela exclui normas institucionalizadas que sistematicamente *depreciam algumas categorias de pessoas e as características associadas a elas*. Nesse sentido, são excluídos os padrões institucionalizados de valores que negam a algumas pessoas a condição de parceiros integrais na interação, seja sobrecarregando-os com uma excessiva atribuição de “diferença”, *seja falhando em reconhecer o que lhes é distintivo* (grifo nosso).⁵¹⁷

⁵¹⁴ “Today, however, we increasingly encounter a second type of social-justice claim in the “politics of recognition.” Here the goal, in its most plausible form, is a difference-friendly world, where assimilation to majority or dominant cultural norms is no longer the price of equal respect”. FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition, participation. **Discussion Papers, Research Unit:** Organization and Employment FS I 98-108, WZB Berlin Social Science Center, 1998, p. 98.

⁵¹⁵ “To be misrecognized, on this view, is not simply to be thought ill of, looked down on, or devalued in others’ conscious attitudes or mental beliefs. It is rather to be denied the status of a full partner in social interaction and prevented from participating as a peer in social life as a consequence of institutionalized patterns of cultural value that constitute one as comparatively unworthy of respect or esteem. This approach avoids difficulties that arise when misrecognition is understood psychologically. When misrecognition is identified with internal distortions in the structure of self-consciousness of the oppressed, it is but a short step to blaming the victim. Conversely, when misrecognition is equated with prejudice in the minds of the oppressors, overcoming it seems to require policing their beliefs, an approach that is authoritarian. On the justice view, in contrast, misrecognition is a matter of externally manifest and publicly verifiable impediments to some people’s standing as full members of society. And such arrangements are morally indefensible whether or not they distort the subjectivity of the oppressed”. FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition, participation. **Discussion Papers, Research Unit:** Organization and Employment FS I 98-108, WZB Berlin Social Science Center, 1998, p. 100-101.

⁵¹⁶ “Independentemente de ser uma questão de distribuição ou reconhecimento, os reivindicantes devem mostrar que os arranjos atuais os impedem de participar em condição de igualdade com os outros na vida social. Os reivindicantes da redistribuição devem mostrar que os arranjos econômicos existentes lhes negam as necessárias condições objetivas para a paridade participativa. Os reivindicantes do reconhecimento devem mostrar que os padrões institucionalizados de valoração cultural lhes negam as condições intersubjetivas necessárias. Em ambos os casos, portanto, a norma da paridade participativa é o padrão para justificar a reivindicação”. FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética?, p. 101-138. **Lua Nova**, São Paulo, 70, 2007, p. 125.

⁵¹⁷ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética?, p. 101-138. **Lua Nova**, São Paulo, 70, 2007, p. 119-120.

Assim, para que haja uma sociedade igualitária de fato, faz-se necessário não apenas a redistribuição de recursos materiais, mas também o igual respeito e reconhecimento, reconhecimento este que, por vezes, pode exigir o fim das distinções e, em outros casos, pode exigir a proteção destas distinções.⁵¹⁸

Tem-se, assim, um direito de igualdade que prevê o reconhecimento das diferenças, das particularidades e possibilidades de autodeterminação de cada indivíduo dentro da sociedade, não como apenas mais um membro do todo, mas como um ser individualizado e dotado de características e caminhos próprios.

Para Piovesan, a igualdade material, em todas as suas óticas, é parte constitutiva dos direitos humanos, essencial à autodeterminação, ao pleno desenvolvimento, à prevenção do sofrimento e, claramente, à própria dignidade humana.⁵¹⁹ A concepção material de igualdade, prossegue a autora, deve ser entendida como um objetivo: o de construir e afirmar a igualdade, respeitando as diversidades e com vistas a alcançar, assim, uma sociedade plural e igualitária.⁵²⁰

Estabelece o artigo 1.1 da Convenção Americana que:

⁵¹⁸ “Thus, the form(s) of recognition justice requires in any given case depend(s) on the form(s) of misrecognition to be redressed. Everything depends in other words on precisely what currently misrecognized people need in order to be able to participate as peers in social life. And there is no reason to assume that all of them need the same thing in every context. In some cases, they may need to be unburdened of excessive ascribed or constructed distinctiveness. In other cases, they may need to have hitherto underacknowledged distinctiveness taken into account. In still other cases, they may need to shift the focus onto dominant or advantaged groups, outing the latter’s distinctiveness, which has been falsely parading as universality. Alternatively, they may need to deconstruct the very terms in which attributed differences are currently elaborated. Finally, they may need all of the above, or several of the above, in combination with one another and in combination with redistribution. Which people need which kind(s) of recognition in which contexts depends on the nature of the obstacles they face with regard to participatory parity. That, however, can only be determined with the aid of a critical social theory”. FRASER, Nancy. *Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition, participation. Discussion Papers, Research Unit: Organization and Employment FS I 98-108, WZB Berlin Social Science Center*, 1998, p. 102-103.

⁵¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁵²⁰ Segundo a autora: “Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual do direito à diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz dos movimentos sociais e o surgimento de uma sociedade civil plural e diversa no marco do multiculturalismo”. Em: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.⁵²¹

Além das obrigações gerais de respeito (“a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos”) e garantia (“garantir seu livre e pleno exercício”), o referido dispositivo traz também uma cláusula geral de igualdade, assegurando que os indivíduos devem poder gozar dos direitos previstos na Convenção sem que haja qualquer tipo de discriminação.

Segundo Mac-Gregor e Möller, a aplicação autônoma dessa cláusula demorou a acontecer, uma vez que o direito a igualdade no âmbito do Sistema Interamericano baseava-se apenas na igualdade perante a lei, prevista no artigo 24 da CADH.^{522, 523}

Contudo, ainda em 1984, na Opinião Consultiva sobre a mudança da Constituição da Costa Rica em relação ao processo de naturalização, a Corte já havia se manifestado da seguinte maneira:

O artigo 1.1 da Convenção, que é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, prevê a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o exercício pleno e livre dos direitos e liberdades reconhecidos nela "sem qualquer discriminação". Ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório com relação ao exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é, por si só, incompatível (tradução nossa).⁵²⁴

⁵²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

⁵²² Dispõe o artigo 24 da CADH que: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”. Em: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

⁵²³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer e MÖLLER, Carlos María Pelayo. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos, p. 42-68. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 56.

⁵²⁴ “El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin

Para o órgão, o artigo 24, por sua vez, traz uma cláusula de igualdade perante a lei que se estende ao direito interno dos países signatários da CADH, impedindo que estes editem uma lei que seja discriminatória.⁵²⁵

Portanto, enquanto o artigo 1.1 prevê uma cláusula geral de igualdade, que se aplica a todos os direitos previstos na Convenção Americana, o artigo 24 traz uma disposição específica sobre igualdade perante a lei, para ser aplicada no ordenamento interno dos países membros.⁵²⁶ Para Mac-Gregor e Möller, o artigo 1.1 traz uma lista (não exaustiva) de categorias suspeitas, oferecendo tanto uma proteção no sentido geral de igualdade como no sentido de proibir a discriminação em relação aos direitos consagrados na Corte.⁵²⁷

Esse direito de não discriminação previsto no artigo 1.1 foi utilizado no caso *González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*, julgado em novembro de 2019, que tratava sobre os vários feminicídios que ocorreram em Ciudad Juárez. A Comissão alegou que a violência contra as mulheres tinha sua origem na

discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-4/84**, de 19 de janeiro de 1984. Opinião Consultiva sobre a proposta de modificação da constituição política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2019, par. 53.

⁵²⁵ "Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-4/84**, de 19 de janeiro de 1984. Opinião Consultiva sobre a proposta de modificação da constituição política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2019, par. 54.

⁵²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera e Outros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela**, Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C, nº 182. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2019, par. 209.

⁵²⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer e MÖLLER, Carlos María Pelayo. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos, p. 42-68. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 57.

discriminação por gênero, que era especialmente forte na região, e também na discriminação por classe social, já que as vítimas eram de origem humilde.⁵²⁸

No caso do Campo Algodoeiro, a Corte também trouxe uma análise sobre os chamados “*estereótipos de gênero*”, que seriam diretamente associados à violência de gênero. A Corte entendeu que, ao ignorar a situação com base em preconceitos, *estereótipos*, relacionados ao gênero, o Estado foi responsável pela impunidade e continuidade das condutas delitivas, violando o direito de igualdade e não discriminação previsto no artigo 1.1:

Da mesma forma, o Tribunal considera que o estereótipo de gênero se refere a uma pré-concepção de atributos ou características ou papéis que são ou devem ser executados por homens e mulheres, respectivamente. Considerando as afirmações do Estado, é possível associar a subordinação das mulheres a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes, condições agravadas quando os estereótipos se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no raciocínio e na linguagem das autoridades policiais judiciais, como aconteceu no presente caso. A criação e o uso de estereótipos tornam-se uma das causas e consequências da violência de gênero contra as mulheres (tradução nossa).⁵²⁹

Da mesma forma, no caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, de 2010, a Corte entendeu que a situação de *extrema* vulnerabilidade da Comunidade se devia à falta de reconhecimento efetivo dos direitos dos povos indígenas, o que evidenciava uma discriminação *de facto* contra as vítimas,

⁵²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso González e Outras (“Campo Algodonero”) vs. México**, Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C, nº 205. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2019, par. 390 e 391.

⁵²⁹ “En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso González e Outras (“Campo Algodonero”) vs. México**, Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C, nº 205. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2019, par. 401. Ver também: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Soto e Outros vs. Venezuela**, Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C, nº 362. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf>, par. 235 e seguintes.

marginalizados na sociedade paraguaia e sem os meios adequados para alcançar uma igualdade factual.⁵³⁰

No caso *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*, de 2012, utilizando-se da interpretação evolutiva da CADH, a Corte entendeu que a orientação sexual era uma categoria protegida pelo artigo 1.1, ainda que não conste expressamente do rol do referido dispositivo. Decidiu o órgão que:

Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por *consequente, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.*⁵³¹

Segundo o órgão, ainda, a decisão da Corte Suprema chilena de justificar a decisão com base no preconceito social sofrido pelas crianças, que estavam em guarda de um casal homossexual, é violatória do direito humano à igualdade, não podendo o Estado usar tal argumentação para perpetuar tratamentos discriminatórios. Pelo contrário, ao se deparar com tal situação de discriminação social, o Estado possui o dever *internacional* de tornar efetivos os direitos consagrados na CADH, devendo “enfrentar as manifestações intolerantes e

⁵³⁰ “Todo lo anterior evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**, Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, nº 214. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acceso en: 03 de noviembre de 2019, par. 274.

⁵³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, nº 239. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acceso en: 03 de noviembre de 2019, par. 91.

discriminatórias, a fim de evitar a exclusão ou negação de uma determinada condição”.⁵³²

Sobre a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero no âmbito do Sistema Interamericano, importante a lição de Arrubia:

Dentro da estrutura do princípio da igualdade, tanto a identidade de gênero quanto a orientação sexual constituem critérios proibidos de discriminação (também conhecidos como "categorias suspeitas"), juntamente com outros, como raça, religião, nacionalidade etc. E, conseqüentemente, mantêm entre si certas características comuns que dão sentido à sua existência legal, a saber: (1) têm a ver com um aspecto central da identidade da pessoa e não apenas tangencial; (2) estão associados a práticas históricas de discriminação e subordinação; (3) identificam grupos com pouco poder político na sociedade, ou seja, para se afirmarem nos órgãos de representação; e (4) não correspondem a um critério racional para distribuir encargos e benefícios em uma sociedade (tradução nossa).⁵³³

Ora, o não reconhecimento da identidade de gênero do indivíduo é, evidentemente, um ato discriminatório por parte do Estado, colocando o indivíduo em uma situação de *precariedade*, esta entendida, segunda a filosofia de Butler, como “a situação politicamente induzida na qual determinadas populações sofrem as

⁵³² “A Corte considera que, para justificar uma diferença de tratamento e a restrição de um direito, não pode servir de sustentação jurídica a alegada possibilidade de discriminação social, provada ou não, que poderiam enfrentar os menores de idade em razão de condições da mãe ou do pai. Embora seja certo que determinadas sociedades podem ser intolerantes a condições como raça, sexo, nacionalidade ou orientação sexual de uma pessoa, os Estados não podem usar isso como justificativa para perpetuar tratamentos discriminatórios. Os Estados estão internacionalmente obrigados a adotar as medidas que se façam necessárias “para tornar efetivos” os direitos consagrados na Convenção, conforme dispõe o artigo 2 desse instrumento interamericano, motivo pelo qual devem inclinar-se, precisamente, por enfrentar as manifestações intolerantes e discriminatórias, a fim de evitar a exclusão ou negação de uma determinada condição”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2019, par. 119.

⁵³³ “En el marco del principio de igualdad, tanto la identidad de género como la orientación sexual constituyen criterios prohibidos de discriminación (conocidos también bajo el rótulo de “categorías sospechosas”), junto con otros tales como la raza, la religión, la nacionalidad, etc. Y, por consiguiente, guardan entre sí ciertas características comunes que le dan sentido a su existencia jurídica, a saber, (1) tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no meramente tangencial; (2) están asociadas con prácticas históricas de discriminación y subordinación; (3) identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad, o sea, para hacerse valer en los órganos de representación; y (4) no corresponden con un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad”. ARRUBIA, Eduardo J. El derecho al nombre en relación con la identidad de género dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso del Estado de Costa Rica, p. 148-168. **Revista Direito GV**, 14(1), 2018, p. 153.

consequências da deterioração de redes de apoio sociais e econômicas mais do que outras, e ficam diferencialmente expostas ao dano, à violência e à morte”.⁵³⁴

As pessoas trans, conforme já visto, nascem como uma patologia, uma perversão à cisgeneridade. São abjetas em sua própria constituição, avessas ao sujeito de direitos e marginais à sociedade. Em razão da sua diferença, não são vistos como iguais, mas como aberrações que fogem à norma e por isso mesmo devem ser punidos.⁵³⁵ Como leciona Louro:

A concepção do binário do sexo, tomado como um “dado” que independe da cultura, impõe, portanto, limites à concepção de gênero e torna a heterossexualidade o destino inexorável, a forma compulsória de sexualidade. As descontinuidades, transgressões e subversões que essas três categorias (sexo-gênero-sexualidade) podem experimentar são empurradas para o terreno do incompreensível ou do patológico. Para garantir a coerência, a solidez e a permanência da norma são realizados investimentos – continuados, reiterativos, repetidos. Investimentos produzidos a partir de múltiplas instâncias sociais e culturais: postos em ação pelas famílias, pelas escolas, pelas igrejas, pelas leis, pela mídia ou pelos médicos com o propósito de afirmar e reafirmar as normas que regulam os gêneros e as sexualidades. *As normas regulatórias voltam-se para os corpos para indicar-lhes limites de sanidade, legitimidade, moralidade ou coerência. Daí porque aqueles que escapam ou atravessam esses limites ficam marcados como corpos – e sujeitos – ilegítimos, imorais ou patológicos.*⁵³⁶

Essa rejeição ao diferente e o não reconhecimento da igualdade leva, inevitavelmente, à violência, que tem como objetivo principal demonstrar às pessoas trans que elas não pertencem ao domínio do humano, não merecem reconhecimento.⁵³⁷ As pessoas trans, abjetas que são, cortejam a própria morte.⁵³⁸

O direito humano à igualdade é essencial à própria condição humana, não podendo o indivíduo ter esta igualdade condicionada à sua orientação sexual ou

⁵³⁴ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1ª ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2018, p. 40.

⁵³⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

⁵³⁶ LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 75-76.

⁵³⁷ GOMES, Camilla Magalhães. Os sujeitos do performativo jurídico: relendo a dignidade da pessoa humana nos marcos de gênero e raça, p. 871-905. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 10, n. 2, 2019, p. 892.

⁵³⁸ BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004, p. 34.

identidade de gênero. O indivíduo não pode ter a sua própria personalidade colocada em jogo por discriminação.

Por isso, nos termos da máxima de Boaventura de Sousa Santos, é importante que se reconheça a igualdade para esses indivíduos, reconheça-lhes a igualdade em sua diferença que lhes faz únicos, indivíduos dotados de uma autonomia própria e com um valor que lhes é intrínseco. A igualdade e a diferença devem coexistir, de modo a construir uma pluralidade humana que seja também igualitária.⁵³⁹

No dizer de Lafer, na esfera do público, o que deve prevalecer é a igualdade entre as pessoas, mas na esfera privada prevalece a exclusividade.⁵⁴⁰ Neste sentido, destaca Gonçalves que:

Pode-se extrair, assim, que o estabelecimento da tolerância e da liberdade como objetivos sociais contribui para tornar aquele que é diferente digno do reconhecimento, não só no plano jurídico, com base na universal dignidade da pessoa humana, mas também, sob o aspecto da solidariedade, por uma sociedade que valorize a diferença e, por isso, reconheça por meio da estima social aqueles que concretizam a existência de tal diferença, pela sociedade valorizada.⁵⁴¹

A igualdade e a discriminação correspondem, respectivamente, ao binômio inclusão/exclusão. Se a discriminação exclui e gera a intolerância ao que é diferente, é preciso que haja a igualdade para que se tenha uma efetiva inclusão social.⁵⁴²

O não reconhecimento jurídico da pessoa trans e da sua identidade (de gênero) consiste em uma violação da sua igualdade, desqualificando o indivíduo e dificultando o seu reconhecimento por parte dos demais membros da comunidade, violando a própria dignidade humana do indivíduo.⁵⁴³ Ao não serem reconhecidos,

⁵³⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 151.

⁵⁴⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 267-268.

⁵⁴¹ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 148.

⁵⁴² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Não paginado.

⁵⁴³ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p.160.

em razão da sua diferença, como uma identidade válida, são expulsos da comunidade da qual fazem parte.⁵⁴⁴

Afinal, o reconhecimento da igualdade e, também, da diferença é essencial à autodeterminação do indivíduo e à construção de uma sociedade mais justa e igualitária, sem prejuízo das muitas pluralidades que compõe a humanidade.⁵⁴⁵

4.2 ARTIGO 3º: DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

O artigo 3º da CADH, que estabelece o primado de que “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”,⁵⁴⁶ é o exemplo da máxima arendtiana de que *o primeiro direito é o direito a ter direitos*.⁵⁴⁷ Leciona a filósofa que:

A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião — fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades — mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*. Não paginado.

⁵⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁵⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2019.

⁵⁴⁷ “Daí a conclusão de Hannah Arendt, calcada na realidade das *displaced persons* e na experiência do totalitarismo, de que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos”. Em: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 22.

⁵⁴⁸ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*. Não paginado.

Usando como exemplo a figura dos apátridas, Arendt trata dos indivíduos que, embora existam em corpo e alma, não são reconhecidos pelo Estado, pela sociedade, não possuem *personalidade jurídica*. Vivem e padecem ao acaso, às margens daqueles que chamamos de “sujeitos de direito”:

São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes), bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer.⁵⁴⁹

Para Piovesan, o totalitarismo do Estado nazista, que sob a ótica da tanatopolítica tornou os indivíduos descartáveis, representou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, em que houve a brutal negação do valor intrínseco e essencial da pessoa humana.⁵⁵⁰

Aqueles que perdem seu *status* político, que são apenas pessoas e nada mais do que pessoas, se tornam ininteligíveis para aqueles que ainda gozam de tal *status*, de tal posição. Estes que foram expulsos dos limites do sujeito tornam-se, segundo o pensamento butleriano, *abjetos*:

O abjeto designa aqui, precisamente, aquelas zonas inabitáveis e impossíveis de serem vividas da vida social, que, não obstante, são densamente povoadas por aqueles que não gozam do estatuto do sujeito, mas cuja vivência sob o “inabitável” é necessária para circunscrever a domínio do sujeito. Esta zona de inabitabilidade constituirá o limite definidor do domínio do sujeito; constituirá o temido local de identificação contra o qual, e em virtude do qual, o domínio do sujeito vai circunscrever sua própria reivindicação à autonomia e à vida. Neste sentido, então, o sujeito é constituído através da força da exclusão e da abjeção, qual produz um exterior constitutivo ao assunto, um exterior abjeto, que é, afinal de contas, está “dentro” do sujeito como a sua própria fundação (tradução nossa).⁵⁵¹

⁵⁴⁹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*. Não paginado.

⁵⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Não paginado.

⁵⁵¹ “The abject designates here precisely those “unlivable” and “uninhabitable” zones of social life which are nevertheless densely populated by those who do not enjoy the status of the subject, but whose living under the sign of the “unlivable” is required to circumscribe the domain of the subject. This zone of uninhabitability will constitute the defining limit of the subject’s domain; it will constitute that site of dreaded identification against which—and by virtue of which—the domain of the subject will circumscribe its own claim to autonomy and to life. In this sense, then, the subject is constituted

Para Arendt, a existência de pessoas às margens da área do sujeito de direitos, leva tais indivíduos à elementaridade natural, ainda que vivam em plena civilização. Tornam-se humanos desprovidos de humanidade, pessoas que não possuem direitos ou garantias, expostos às mais terríveis intempéries da vida.⁵⁵²

Segundo Novak, ao tratar do artigo 16 do PIDCP, que tem o mesmo conteúdo do artigo 3º da CADH, no que pese a existência física e espiritual do indivíduo, o Estado de Direito requer também o reconhecimento da existência perante a lei, sob pena de sequer ser considerado uma pessoa, podendo ser privado de todos os direitos, incluindo o direito à vida.⁵⁵³

Para Mazzuoli, o próprio texto do artigo já estabelece, claramente, que a personalidade jurídica é inerente à pessoa humana, cabendo ao Estado, conforme os seus deveres junto à CADH, reconhecer efetivamente tal personalidade, bem como os meios jurídico para a sua proteção. Assevera que: “Em outras palavras, não se assegura, na disposição em comento, o direito à personalidade jurídica, mas sim o direito ao seu reconhecimento por parte do Estado, uma vez que aquela (a ‘personalidade’) preexiste ao ato daquele que a reconhece”.⁵⁵⁴

Reconhecer a personalidade jurídica de um indivíduo implica, afinal, em reconhecer-lhe o *status* de sujeito de direitos, como membro de uma sociedade dotado de direitos e deveres, direitos estes que podem ser demandados para a sua proteção frente a abusos do Estado e de terceiros.⁵⁵⁵ Ou, como bem sintetiza o

through the force of exclusion and abjection, one which produces a constitutive outside to the subject, an abjected outside, which is, after all, “inside” the subject as its own founding repudiation”. BUTLER, Judith. **Bodies that matter**: on the discursive limits of ‘sex’. New York: Routledge, 2011, p. 13.

⁵⁵² ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*. Não paginado.

⁵⁵³ “In addition to physical and spiritual existence, the individual in a State governed by the rule of law also requires the recognition of his or her existence before the law, that is, of his or her legal subjectivity. Without this right, the individual could be degraded to a mere legal object, where he or she would no longer be a person in the legal sense and thus be deprived of all other rights, including the right to life”. Em: NOVAK, Manfred. U.N. **Covenant on Civil and Political Rights**: CCPR Commentary. 2. ed. rev. Kehl: N. P. Engel, Publisher, 2005, p. 369.

⁵⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 3: Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica, p. 25-28 In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 27.

⁵⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 3: Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica, p. 25-28 In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira.

artigo 17 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem: “Toda pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais”.⁵⁵⁶

Sobre o conteúdo do artigo, importante destacar o voto apartado do Juiz Interamericano Sergio García Ramírez, no julgamento do caso Sawhoyamaya vs. Paraguai:

Pode-se afirmar que o direito à personalidade implica o reconhecimento de que o ser humano, membro de uma comunidade politicamente organizada e regulamentada legalmente, é necessariamente o detentor de direitos e obrigações; que é essencial aceitar este estatuto, com suas múltiplas consequências, no sistema jurídico e na sua aplicação; que não é possível extrair alguém dessa condição primária de “pessoa da lei”, deixando-o fora da ordem legal e excluindo-o de direitos, liberdades, facultades, garantias etc., que são as manifestações, implicações ou consequências do reconhecimento da personalidade pelo Estado, sem prejuízo, é claro, das restrições ou condições lícitas que lhes possam ser atribuídas (tradução nossa).⁵⁵⁷

No âmbito do SIDH, este direito foi especialmente judicializado nos casos de desaparecimento forçado de pessoas, algo que foi bastante comum nos regimes militares das Américas. A prática de desaparecimento forçado de pessoas, segundo a jurisprudência internacional, não é uma simples violação de direitos humanos, mas

Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 27.

⁵⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem**, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

⁵⁵⁷ “Se puede afirmar que el derecho a la personalidad implica el reconocimiento de que el ser humano, miembro de una comunidad políticamente organizada y jurídicamente regulada, es necesariamente titular de derechos y obligaciones; que es indispensable acoger ese estatuto, con sus múltiples consecuencias, en el ordenamiento jurídico y en la aplicación de éste; que no es posible extraer a nadie de aquella condición primaria de “persona de derecho”, dejándole al margen del orden jurídico y excluyéndole de derechos, libertades, facultades, garantías, etcétera, que son las manifestaciones, implicaciones o consecuencias del reconocimiento de la personalidad por parte del Estado, sin perjuicio, por supuesto, de las restricciones o condiciones lícitas que pudieran asignarse a aquéllas”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai**, Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 26.

um ato que viola diversos direitos humanos, muitos dos quais são considerados inderrogáveis.⁵⁵⁸

Uma das características próprias dos desaparecimentos forçados, como bem leciona Andreu, é que esta prática retira o indivíduo da proteção da lei, do próprio ordenamento jurídico, suspendendo todos os direitos do desaparecido e colocando-o em uma situação de vulnerabilidade extrema, sem ter a quem recorrer.⁵⁵⁹ Tal entendimento é igualmente sustentado pela “Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados”, aprovada em dezembro de 1992, que estabelece em seu artigo 1.2 que: “Todo o ato de desaparecimento forçado *subtrai as pessoas que a ele são sujeitas à proteção da lei* e provoca grandes sofrimentos a essas pessoas e às suas famílias (*grifo nosso*)”.⁵⁶⁰

A ColDH, contudo, nem sempre partilhou deste entendimento. No caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, julgado em novembro de 2000 e que tratava sobre o desaparecimento forçado de pessoas, a Corte entendeu que para que houvesse a violação deste direito, era preciso que a incapacidade de ser titular de direitos e deveres fosse *absoluta*, total,⁵⁶¹ e que a o direito previsto no artigo 3ª não poderia ser aplicado ao caso, ainda que a execução da vítima o tenha privado de

⁵⁵⁸ “La jurisprudencia internacional de derechos humanos es unánime en considerar que la desaparición forzada no constituye una simple violación a los derechos humanos, sino que es una práctica que viola numerosos derechos humanos, muchos de ellos inderogables”. ANDREU, Federico. Artículo 3: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, p. 99-111. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 107.

⁵⁵⁹ “Un elemento que caracteriza la desaparición forzada es que esta práctica sustrae al individuo de la protección de la ley. Esta naturaleza específica de la desaparición forzada, y así nos lo indica la realidad, tiene como consecuencia suspender el goce de todos los derechos del desaparecido y colocar a la víctima en una situación de indefensión total”. ANDREU, Federico. Artículo 3: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, p. 99-111. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 108.

⁵⁶⁰ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProtTodPesDesFor.html>>. Acesso em: 04 de novembro de 2019.

⁵⁶¹ “[...] El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, Sentença de 25 de novembro de 2000. SÉrie C, nº 70. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 179.

exercer seus direitos e deveres.⁵⁶² Assim, o fato de existir uma personalidade jurídica, ainda que extremamente prejudicada, não era o suficiente para configurar uma violação do artigo 3º.

Um exemplo desta ausência total de personalidade jurídica foi analisado pela Corte no caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai, em que 18 das vítimas não possuíam registros de nascimento ou qualquer outro documento oficial do Estado que demonstrasse a sua existência.⁵⁶³ A Corte reconheceu, então, que estas vítimas “permaneceram em um limbo legal em que, ainda que tenham nascido e morrido no Paraguai, sua própria existência e identidade nunca esteve juridicamente reconhecida, ou seja, não tinham personalidade jurídica (tradução nossa)”.⁵⁶⁴

Este mesmo foi o mesmo posicionamento adotado pela Corte no caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, em que as vítimas também não possuíam os documentos oficiais do Estado:

O Tribunal considera que a falta de reconhecimento da personalidade jurídica prejudica a dignidade humana, pois nega absolutamente sua condição de sujeito de direitos e torna o indivíduo vulnerável à não observância de seus direitos pelo Estado ou por indivíduos.

⁵⁶² “A ese respecto, la Corte recuerda que, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) no se refiere expresamente a la personalidad jurídica, entre los elementos de tipificación del delito complejo de la desaparición forzada de personas. Naturalmente, la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C, nº 70. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 180.

⁵⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**, Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 190.

⁵⁶⁴ “Los miembros de la Comunidad mencionados anteriormente han permanecido en un limbo legal en que, si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**, Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 192.

No caso específico, o Estado manteve as meninas Yean e Bosico em um limbo legal em que, embora existissem e estivessem inseridas em um determinado contexto social, sua própria existência não era reconhecida legalmente, ou seja, elas não tinham personalidade legal (tradução nossa).⁵⁶⁵

Após, a Corte revisitou seu entendimento quanto à relação entre o artigo 3º e os desaparecimentos forçados, não mais se utilizando da ideia de ausência *absoluta* de personalidade jurídica, relativizando o conteúdo do direito. No caso *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro 2011, também sobre desaparecimento forçados, a Corte sustentou que o desaparecimento forçado de pessoas coloca a vítima em “uma situação de indeterminação jurídica que impossibilita, obstaculiza ou anula a possibilidade da pessoa ser titular ou exercer *de forma efetiva* seus direitos em geral (*grifo nosso*) (tradução nossa)”.⁵⁶⁶

Neste mesmo caso, o órgão também relacionou o direito à personalidade jurídica com o direito à identidade, assinalando que “a falta de reconhecimento de identidade pode implicar que a pessoa não tenha prova legal de sua existência, dificultando o exercício pleno de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (tradução nossa)”.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ “179. La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares; 180. En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana**, Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 179 e 180.

⁵⁶⁶ “En casos de desaparición forzada de personas se viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, pues se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**, Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 92.

⁵⁶⁷ “[...] la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**, Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par.123.

Sobre a relação entre este direito e o direito à identidade, importante destacar o voto dissidente do Juiz Cançado Trindade no caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, de 1º de março de 2005:

Sem a identidade de alguém, não é uma pessoa. A pessoa humana, por sua vez, é configurada como a entidade que encerra dentro de si seu fim supremo, e que o realiza ao longo do caminho de sua vida, sob sua própria responsabilidade. A salvaguarda do seu direito à identidade se torna essencial para esse fim. A personalidade jurídica, por sua vez, manifesta-se como uma categoria jurídica no mundo do Direito, como a expressão unitária da capacidade da pessoa humana de ser titular de direitos e deveres em termos de comportamento e relações humanas reguladas (tradução nossa).⁵⁶⁸

O reconhecimento da identidade, portanto, é essencial ao direito à personalidade, pois pressupõe o reconhecimento do indivíduo na sua totalidade, objetiva e subjetiva.

No mesmo sentido, a identidade de gênero é um elemento constitutivo da identidade pessoal, sendo o seu reconhecimento essencial para o gozo pleno dos direitos e deveres por parte das pessoas trans. O reconhecimento da identidade de gênero permite que as pessoas trans passem a ser reconhecidas como indivíduos dotados de humanidade, sujeitos de direito. Leciona Gonçalves que:

Nessa esteira, assumindo a identidade como projeção imaterial da pessoa, integrante de sua personalidade, a negativa de reconhecimento jurídico da identidade do transexual acaba por resultar na limitação do gozo de direitos inerentes à condição de pessoa, sem fundamento lógico que a justifique, resultando na menor amplitude dos direitos da personalidade dos

⁵⁶⁸ “Sin la identidad propia uno no es persona. La persona humana, a su vez, se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí mismo, y que lo realiza a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. La salvaguardia de su derecho a la identidad tórnase esencial para ese fin. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Voto dissidente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 15.

transexuais em relação àqueles que não o são, em violação ao princípio da igualdade.⁵⁶⁹

Afinal, os abjetos são forçadamente desprovidos de humanidade, afastados do reconhecimento e dos direitos.⁵⁷⁰ São vistos com horror, repulsa. Representam o errado, o contaminado e o contaminador.⁵⁷¹

O *reconhecimento* da sua identidade de gênero permite que tais pessoas saiam da zona não-humana, a zona dos abjetos, e passem à zona de humanidade, onde há uma vida que pode ser vivida.⁵⁷² Passam a serem reconhecidas em sua identidade plena. Neste sentido, o posicionamento da Corte:

No que diz respeito ao gênero e identidade sexual, o exposto acima implica que as pessoas em sua diversidade de orientações sexuais, identidades e expressões de gênero devem poder desfrutar de sua capacidade legal em todos os aspectos da vida. Isso ocorre porque a orientação sexual ou identidade de gênero que cada pessoa define por si mesma é essencial para sua personalidade e constitui um dos aspectos fundamentais de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. No entanto, o direito à personalidade jurídica não se reduz apenas à capacidade da pessoa humana de entrar no trânsito legal e ter direito a direitos e obrigações, mas também inclui a possibilidade de que todo ser humano possua, por simples *de fato*, independentemente de sua condição, certos atributos que constituem a essência de sua personalidade jurídica e individualidade como sujeito jurídico. Portanto, existe uma estreita relação entre, por um lado, o reconhecimento da personalidade jurídica e, por outro, os atributos legais inerentes à pessoa humana que a distinguem, identificam e singularizam (tradução nossa).⁵⁷³

⁵⁶⁹ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 144.

⁵⁷⁰ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012, p. 164-165.

⁵⁷¹ MISKOLCI, Richard. **Teoria queer**: um aprendizado pelas diferenças. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 44.

⁵⁷² “[...] Certain humans are recognized as less than human, and that form of qualified recognition does not lead to a viable life. Certain humans are not recognized as human at all, and that leads to yet another order of unlivable life”. BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004, p. 2.

⁵⁷³ “Con relación a la identidad de género y sexual, lo anterior implica que las personas en su diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Ello por cuanto la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Sin embargo, el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Por tanto, existe una relación estrecha entre por un lado el reconocimiento de la personalidad jurídica y, por otro, los atributos

O reconhecimento também é importante enquanto *status* social – o modelo de status proposto por Fraser –, que entende que o não reconhecimento importa na subordinação social, inferioridade e exclusão do indivíduo como igual da sociedade, colocando-o como pária.⁵⁷⁴ Por outro lado, o reconhecimento do indivíduo acarreta na sua integração à sociedade. Prossegue Fraser:

Em todos os casos, conseqüentemente, uma demanda por reconhecimento é necessária. Mas note precisamente o que isso significa: visando a não valorizar a identidade de grupo, mas superar a subordinação, as reivindicações por reconhecimento no modelo de status procuram *tornar o sujeito subordinado um parceiro integral na vida social, capaz de interagir com os outros como um par. Elas objetivam, assim, desinstitucionalizar padrões de valoração cultural que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a promovam (grifo nosso).*⁵⁷⁵

Ainda, a identidade de gênero das pessoas trans deve ser reconhecida *juridicamente*, de maneira plena, sob pena de constituir outras violações de direitos humanos. Segundo sustentou a Corte, a discrepância entre a identidade sexual e de gênero do indivíduo com o seus documentos pode converter-se em uma situação vexatória, e até mesmo discriminatória, além de prejudicar suas oportunidades de trabalho.⁵⁷⁶ Posicionou-se o órgão no seguinte sentido:

Além disso, a falta de acesso ao reconhecimento da identidade de gênero é um fator determinante para continuar a reforçar os atos de discriminação contra o indivíduo, e também pode ser um obstáculo significativo ao pleno

jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 104.

⁵⁷⁴ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética?, p. 101-138. **Lua Nova**, São Paulo, 70, 2007, p. 108.

⁵⁷⁵ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética?, p. 101-138. **Lua Nova**, São Paulo, 70, 2007, p. 109.

⁵⁷⁶ “A su vez, la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal –del derecho a vivir como uno quiera–, lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás –derecho a vivir sin humillaciones– y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una existencia digna”. Opinión Consultiva OC-24/17. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 24 de novembro de 2017. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019. par. 113.

gozo de todos os direitos reconhecidos pelo direito internacional, como o direito a uma vida digna, o direito de trânsito, a liberdade de expressão, os direitos civis e políticos, o direito à integridade pessoal, à saúde, à educação e a todos os outros direitos (tradução nossa).⁵⁷⁷

O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, portanto, é de essencial ao reconhecimento da identidade de gênero como um direito humano, permitindo que os indivíduos que fogem à regra da cisnormatividade, e por isso são tidos como seres abjetos, desprovidos de humanidade e da condição de sujeitos, sejam reconhecidos como pessoas, sujeitos de direito, em sua plenitude máxima, dotadas de direitos e deveres em um Estado de direito. Ademais, como apontado pela Corte, o direito à personalidade jurídica salvaguarda também o direito de todos os indivíduos de se autodeterminarem conforme a sua individualidade como sujeito autônomo de direitos.⁵⁷⁸

4.3 ARTIGOS 7º: O DIREITO À LIBERDADE.

Alçada à ideia de direito fundamental da pessoa humana já na época da revolução francesa, a liberdade é considerada como um dos pilares da própria humanidade.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ “[...] Además, la falta de acceso al reconocimiento a la identidad de género constituye un factor determinante para que se sigan reforzando los actos de discriminación en su contra, y también puede erigirse en un obstáculo importante para el goce pleno de todos los derechos reconocidos por el derecho internacional, tales como el derecho a una vida digna, el derecho de circulación, a la libertad de expresión, los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, a la salud, a la educación, y a todos los demás derechos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 114.

⁵⁷⁸ “[...] Sin embargo, el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-24/17**, de 24 de noviembre de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019, par. 104.

⁵⁷⁹ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 102.

A CADH prevê em seu artigo 7º o chamado “direito à liberdade pessoal” e, no artigo 13, a “liberdade de pensamento e expressão”, assegurando, assim, uma ampla proteção a este direito, em suas mais variadas dimensões.

Sobre a definição de liberdade, importante a lição de Fachin e Piovesan, para quem “a liberdade pode ser compreendida como a capacidade de fazer ou deixar de fazer o que é permitido, ou seja, é o direito de toda pessoa de ‘organizar, com arranjo legal, sua vida individual e social conforme suas próprias convicções’”.⁵⁸⁰

Já Bobbio aponta que a liberdade possui dois modos de ser compreendida: como não impedimento e como autonomia, no sentido de traçar o próprio caminho e obedecer às próprias leis.⁵⁸¹ Para o autor italiano, ainda, os vários conceitos de liberdade se dirigem a um núcleo comum: a autodeterminação do indivíduo.⁵⁸²

Na esteira de Bobbio, leciona Gonçalves que:

O direito de autodeterminação, nesses termos, constitui o núcleo comum presente nos diversos sentidos de liberdade, estendendo-se inclusive aos Estados.

[...]

*Possui um âmbito negativo, de exigência de abstenção do Estado naquilo que somente diz respeito ao indivíduo em proteção à intimidade; e um aspecto positivo, manifestado pela possibilidade de agir, participar e ditar as próprias leis. Sob tal aspecto positivo, o direito de autodeterminação, ao que parece, refere-se tanto à esfera pública, no sentido de participação social e política, quanto à vida privada, no que toca à autodeterminação pessoal e moral.*⁵⁸³

Amartya Sen, por sua vez, entende a liberdade como ser livre para realizar suas capacidades, estas entendidas como “as combinações alternativas de

⁵⁸⁰ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Artigo 7: Direito à Liberdade Pessoal, p. 81-103. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 83.

⁵⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 103-104.

⁵⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 102-103.

⁵⁸³ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 107.

funcionamento cuja realização é factível para ela”.⁵⁸⁴ É estar apto a construir sua própria vida através da própria identidade, escolhas, relações sociais e atuar como membro da sociedade.⁵⁸⁵

A liberdade é, então, a capacidade de se autodeterminar, dentro do que é permitido, organizar e orientar sua vida nos termos que o indivíduo melhor entender, de acordo com as próprias convicções. Assim, o direito à liberdade, no entender da Corte Interamericana, está intimamente ligado ao desenvolvimento da personalidade, e também da identidade, do indivíduo.⁵⁸⁶

Sobre o artigo 7º da Convenção e a jurisprudência da Corte até o momento, ministram Fachin e Piovesan:

Tradicionalmente, o enfoque conferido pela Corte Interamericana se dirige à liberdade física e à segurança física, restringindo-se aos comportamentos e aos movimentos corporais dos indivíduos titulares destes direitos. Recentemente, ao proferir a Opinião Consultiva nº 24/2017, a Corte rememorou a interpretação extensiva conferida a alguns casos envolvendo o direito à liberdade e concluiu que referido direito significa a possibilidade de autodeterminação e livre escolha das circunstâncias que conferem sentido à existência dos seres humanos.⁵⁸⁷

O artigo traz uma previsão geral, que estabelece que “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”, e é seguido por outros seis itens, que tratam das garantias específicas para aqueles privados de liberdade, como a proibição do encarceramento arbitrário.⁵⁸⁸

Foi no caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Equador, de 2007, que tratava sobre a prisão ao arremio da lei equatoriana das duas vítimas, que a CoIDH começou a expandir o seu entendimento sobre direito à liberdade previsto no artigo

⁵⁸⁴ SEN, Amartya Kun. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica por Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 95.

⁵⁸⁵ SEN, Amartya Kun; NUSSBAUM, Martha. **The quality of life**. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 33.

⁵⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 89.

⁵⁸⁷ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Artigo 7: Direito à Liberdade Pessoal, p. 81-103. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 84.

⁵⁸⁸ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Artigo 7: Direito à Liberdade Pessoal, p. 81-103. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 84.

7º. Ainda que tratasse sobre prisões ilegais, a Corte entendeu por bem tecer alguns comentários sobre o direito à liberdade:

Em termos gerais, a liberdade seria a capacidade de fazer e não fazer tudo o que é legalmente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa a organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social de acordo com suas próprias opções e convicções. A segurança, por outro lado, seria a ausência de distúrbios que restrinjam ou limitem a liberdade além da razão. A liberdade, definida desta maneira, é um direito humano básico, característico dos atributos da pessoa, projetado em toda a Convenção Americana. De fato, o preâmbulo mostra o propósito dos Estados americanos de consolidar “um regime de liberdade pessoal e justiça social, baseado no respeito aos direitos essenciais do homem” e no reconhecimento de que “apenas o ideal de ser humano livre, livre de medo e miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa usufruir de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos.” Dessa maneira, cada um dos direitos humanos protege um aspecto da liberdade do indivíduo (grifo nosso) (tradução nossa).⁵⁸⁹

No que pese a Corte sustentar que a liberdade “constitui o direito de toda pessoa a organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social de acordo com as próprias opções e convicções”, decidiu o órgão que o artigo 7º da CADH destinava-se apenas à liberdade física do indivíduo.⁵⁹⁰

No caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile*, de 2012, a CoIDH alterou o seu entendimento, interpretando o direito à liberdade em consonância com a proteção a

⁵⁸⁹ “En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar ‘un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre’, y el reconocimiento de que ‘sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos’. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Ecuador**, Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C, nº 170. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 52.

⁵⁹⁰ “En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Ecuador**, Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C, nº 170. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 53.

vida privada, decidindo que a orientação sexual estava vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de toda pessoa de se autodeterminar e escolher as circunstâncias que dão sentido à sua existência.⁵⁹¹

A Corte sustentou esse mesmo entendimento no caso *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) vs. Costa Rica*, também de 2012. A fertilização *in vitro* foi proibida na Costa Rica em 2000, e em 2001 casais prejudicados por tal proibição apresentaram uma demanda perante a CIDH, a qual, em 2011, submeteu o caso à ColDH. A Comissão e as partes alegaram que a decisão de ter filhos biológicos pertencia à esfera mais íntima da vida privada e familiar, e que tal decisão era parte da autonomia e da identidade do indivíduo.⁵⁹²

A ColDH, por sua vez, decidiu que:

[...] além disso, esta Corte interpretou amplamente o artigo 7 da Convenção Americana, afirmando que inclui um conceito de liberdade em sentido amplo como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que é legalmente permitido. *Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa a organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social de acordo com suas próprias opções e convicções.* A liberdade, definida desta maneira, é um direito humano básico, característico dos atributos da pessoa, projetado em toda a Convenção Americana. *Da mesma forma, o Tribunal destacou o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias opções e convicções* (grifo nosso) (tradução nossa).⁵⁹³

⁵⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 136.

⁵⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica**, Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C, nº 257. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 137.

⁵⁹³ “[...] Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica**, Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C, nº 257. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 142.

O órgão entendeu, assim, ser a liberdade o direito de toda pessoa organizar sua vida individual e social conforme suas próprias convicções. A liberdade seria, então, o direito de autodeterminar-se livremente.

A ideia da liberdade como o direito de autodeterminação foi também adotado pela Corte na OC-24/17, entendendo que liberdade para se autodeterminar e escolher livremente as opções que dão sentido à sua existência é uma característica essencial à dignidade humana.⁵⁹⁴

No entender da Corte Interamericana, o direito à identidade estaria intimamente ligado ao princípio da autonomia da pessoa, este, por sua vez, refletido no direito à liberdade previsto no artigo 7º.⁵⁹⁵ Neste raciocínio, a Corte reconheceu que a identidade de gênero estaria ligada à ideia de liberdade e de autodeterminação:

Em relação à identidade de gênero e sexual, este Tribunal reitera que também estão vinculadas ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias convicções, bem como o direito à proteção da privacidade.⁵⁹⁶

Para o órgão, o reconhecimento da identidade de gênero possui estreita ligação com a ideia de o sexo e o gênero devem ser percebidos como uma construção identitária resultante da decisão livre e *autônoma* de cada pessoa.⁵⁹⁷

É a *autenticidade* de Dworkin, princípio essencial à boa vida, o “viver segundo, e não contra, a nossa situação e os valores que consideramos

⁵⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 86.

⁵⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 90.

⁵⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 92.

⁵⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 94.

adequados”.⁵⁹⁸ Esta autenticidade, por sua vez, é violada quando uma pessoa é obrigada a aceitar o juízo de outra que é imposto sobre os seus valores e objetivos.⁵⁹⁹

A pessoa trans, ao assumir e passar a viver o gênero com o qual se identifica, exerce a sua liberdade, a sua autodeterminação própria e livre de amarras, traçando o seu próprio caminho, conforme seus ideais e convicções. O livre e autônomo desenvolvimento do indivíduo exige, obrigatoriamente, o reconhecimento da identidade pessoa, sexual e de gênero, pois é com base nestas que a pessoa projeta a si mesma perante a sociedade.⁶⁰⁰

Entendendo a liberdade como o direito de autodeterminação da pessoa, não pode o Estado impedir ou obstar algo que é tão particular ao indivíduo e essencial ao pleno desenvolvimento da sua identidade, personalidade e, até mesmo, humanidade.⁶⁰¹

4.4 ARTIGO 11.2: DIREITO À INTIMIDADE.

Dispõe o item 2 do artigo 11 da CADH que: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.⁶⁰² Sobre o referido dispositivo, leciona Mazzuoli que:

Segundo interpretação da Corte Interamericana, esse direito implica o reconhecimento de que existe um âmbito pessoal que deve estar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de

⁵⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 217.

⁵⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 220.

⁶⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 106.

⁶⁰¹ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 133.

⁶⁰² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2019.

terceiros ou da autoridade pública. Nesse sentido, o domicílio e a vida privada e familiar encontram-se intrinsecamente ligados, já que o domicílio se converte num espaço no qual se pode desenvolver livremente a vida privada e a vida familiar da pessoa.⁶⁰³

Lafer, orientando-se pelas lições de Arendt, aponta que a vida pública e a vida privada devem ser analisadas separadamente, pois os seus objetivos e preocupações são diferentes. Para o autor, os interesses individuais estão atrelados à singularidade humana e, não raramente, entram em choque com os interesses públicos.⁶⁰⁴

Segundo o autor, o direito à intimidade é um dos direitos da personalidade, tutelando o direito individual de estar só e a possibilidade que todo indivíduo deve ter de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que somente lhe diz respeito, bem como ao seu modo de ser na vida privada.⁶⁰⁵

Assim, a privacidade é mais do que a proteção de informações pessoais, relacionando-se à própria independência, dignidade e integridade do indivíduo⁶⁰⁶. Neste sentido, importante destacar a lição de Gonçalves:

A intimidade inclui-se na vida privada, mas com ela não se confunde, consistindo em seu núcleo mais profundo, no qual se situam os sentimentos, escolhas sexuais e opções pessoais. A liberdade da vida íntima, destarte, compreende as escolhas de modo e projeto de vida, baseadas na consciência do indivíduo e que só lhe dizem respeito enquanto permanecem em sua esfera pessoal, sem refletir em relação aos outros.⁶⁰⁷

Igualmente, Marshall entende ser o direito à intimidade essencial para que o indivíduo possa exercer seus direitos de maneira livre, aí inclusos, por exemplo, o

⁶⁰³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 11: Proteção da Honra e da Dignidade, p. 176-179. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 178.

⁶⁰⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 237.

⁶⁰⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 239.

⁶⁰⁶ MARSHALL, Jill. **Personal Freedom through Human Rights Law?** Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights. Leiden: Brill, 2009, p. 51.

⁶⁰⁷ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 120.

controle sobre o próprio corpo e saúde, a identidade sexual, bem como o total conhecimento sobre sua origem e demais dados sobre a infância.⁶⁰⁸

Assim, é possível concluir que o direito à intimidade possui estreita relação com a autonomia do indivíduo e o livre desenvolvimento da sua personalidade, não podendo o Estado, de maneira arbitrária ou desmedida, interferir na intimidade, esta entendida como tudo aquilo que diz respeito ao mais profundo aspecto da personalidade humana.

O direito humano à intimidade também encontra proteção na DUDH, em seu artigo 12,⁶⁰⁹ e na Convenção Europeia, em seu artigo 8º.⁶¹⁰ Inclusive, importante destacar aqui a jurisprudência europeia sobre o direito à intimidade e a diversidade sexual e de gênero.

Ainda em 1976, no que foi o primeiro caso em que um órgão do Sistema Europeu de Direitos Humanos analisou o artigo 8º da Convenção Europeia, a agora extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, em decisão de admissibilidade do caso X. vs. Islândia, assinalou que:

Para vários autores franceses e anglo-saxões, o direito de respeitar a “vida privada” é o direito à privacidade, o direito de viver, até onde o indivíduo queira, protegido da publicidade.

Na opinião desta Comissão, contudo, o direito de respeitar a vida privada não acaba aí. Também compreende, até um certo nível, o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres-humanos,

⁶⁰⁸ MARSHALL, Jill. **Personal Freedom through Human Rights Law?** Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights. Leiden: Brill, 2009, p. 55-56.

⁶⁰⁹ “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

⁶¹⁰ “Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”. CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

especialmente no campo emocional para o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo (tradução nossa).⁶¹¹

Especificamente quanto à identidade de gênero e o direito à privacidade, importante citar o caso *Van Oosterwijck vs. Bélgica*, julgando em outubro de 1980, em que a vítima, um homem trans, alegou a violação do seu direito à privacidade pela negativa em alteração dos seus documentos pessoais. O caso, contudo, não foi julgado em seu mérito pela ausência de esgotamento dos recursos internos.

Já no caso *Rees vs. Reino Unido*,⁶¹² de 1986, um homem trans alegava a violação do artigo 8º pela não alteração dos seus documentos pessoais, especificamente a certidão de nascimento, o que prejudicava a sua vida social, causando-lhe humilhações e constrangimentos.⁶¹³ A Corte reconheceu que o direito à privacidade continha, além da proteção contra interferências arbitrárias, uma dimensão positiva, com obrigações positivas para o Estado, mas entendeu que tais obrigações positivas não obrigavam os Estados a fazerem alterações em registros de nascimento ou a criar uma lei que tratasse sobre tal assunto.

Ainda que também não tenha sido procedente, importante citar aqui o voto dissidente do Juiz Martens no caso *Cossey vs. Reino Unido*, que também tratava sobre o direito à privacidade e a identidade de gênero:

⁶¹¹ “For numerous anglo-saxon and French authors the right to respect for “private life” is the right to privacy, the right to live, as far as one wishes, protected from publicity (cf . numerous references quoted by Velu “Privacy and Human Rights”, Third International Colloquy about the European Convention on Human Rights, Manchester University Press, pages 27-28 . See also Black’s Law Dictionary, 4th edition, 1951, under “privacy”) . In the opinion of the Commission, however, the right to respect for private life does not end there . It comprises also, to a certain degree, the right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and fulfilment of one’s own personality”. EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. **Application No. 6825/74, X v Iceland**, Decisão em 18 de maio de 1976. Disponível em < <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74783&filename=001-74783.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

⁶¹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Rees vs. The United Kingdom**. Application no. 9532/81. Judgement in 17th October, 1986. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57564%22]})>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

⁶¹³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Rees vs. The United Kingdom**. Application no. 9532/81. Judgement in 17th October, 1986. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57564%22]})>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 34.

O princípio básico dos direitos humanos, e subjacente aos vários direitos específicos enunciados na Convenção, é o respeito à dignidade e à liberdade humana. *A dignidade e a liberdade humana implicam que um homem seja livre para moldar a si mesmo e a seu destino da maneira que julgar mais adequada à sua personalidade. Um transexual se utiliza desses direitos fundamentais. Ele está preparado para moldar a si mesmo e seu destino.* Ao fazer isso, ele passa por um tratamento médico longo, perigoso e doloroso para que seus órgãos sexuais, na medida do humanamente possível, sejam adaptados ao sexo ao qual ele está convencido de que pertence. Após essas provações, como transexual pós-operatório, ele se volta para a lei e pede que ela reconheça o fato consumado que criou. Ele exige ser reconhecido e ser tratado pela lei como um membro do sexo que ganhou; ele exige ser tratado sem discriminação, na mesma base que todas as outras mulheres ou, conforme o caso, homens. Este é um pedido que a lei deve se recusar a conceder somente se realmente tiver razões imperiosas, pois à luz do que foi dito nos parágrafos 2.2 e 2.4 acima, tal recusa só pode ser qualificada como cruel (grifo nosso) (tradução nossa).⁶¹⁴

O entendimento da Corte Europeia somente se alterou no caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, julgado em julho de 2002. No caso, Christine Goodwin, uma mulher trans, alegou que o não reconhecimento da sua identidade de gênero por parte do Estado era uma violação do artigo 8º da Convenção Europeia.

Face aos seus antigos julgamentos, como o citado *Rees vs. Reino Unido*, a Corte se utilizou da interpretação evolutiva para justificar a mudança no seu entendimento.⁶¹⁵ A Corte entendeu que havia uma violação do artigo 8º, constatando uma falha em respeitar o direito à intimidade. Sustentou a Corte que:

No entanto, a própria essência da Convenção é o respeito pela dignidade humana e pela liberdade humana. Sob o artigo 8º da Convenção, em

⁶¹⁴ “The principle which is basic in human rights and which underlies the various specific rights spelled out in the Convention is respect for human dignity and human freedom. Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality. A transsexual does use those very fundamental rights. He is prepared to shape himself and his fate. In doing so he goes through long, dangerous and painful medical treatment to have his sexual organs, as far as is humanly feasible, adapted to the sex he is convinced he belongs to. After these ordeals, as a post-operative transsexual, he turns to the law and asks it to recognise the fait accompli he has created. He demands to be recognised and to be treated by the law as a member of the sex he has won; he demands to be treated without discrimination, on the same footing as all other females or, as the case may be, males. This is a request which the law should refuse to grant only if it truly has compelling reasons, for in the light of what has been said in paragraphs 2.2 and 2.4 above such a refusal can only be qualified as cruel”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Cossey vs. The United Kingdom**. Application no. 10843/84. Judgement in 29th August, 1990. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fd17.html>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 2.7.

⁶¹⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom**. Application no. 28957/95. Judgement in 11th July 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par. 71-75.

particular, onde a noção de autonomia pessoal é um princípio importante, subjacente à interpretação de suas garantias, é dada proteção à esfera pessoal de cada indivíduo, incluindo o direito de estabelecer detalhes de sua identidade como seres humanos individuais. No século XXI, o direito dos transexuais ao desenvolvimento pessoal e à segurança física e moral, no sentido pleno de que gozam os outros na sociedade, não pode ser encarado como uma questão controversa, em que se exigiria mais tempo para analisar a questão. Em resumo, a situação insatisfatória na qual os transexuais pós-operatórios vivem, em uma zona intermediária, pois não é exatamente um gênero ou outro, não é mais sustentável (tradução nossa).⁶¹⁶

Enquanto o artigo 8º da Convenção Europeia não deixa dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação (o dispositivo tem como título, afinal, “direito ao respeito pela vida privada e familiar”), no âmbito do Sistema Interamericano, foi necessário que a ColDH firmasse entendimento sobre o direito à privacidade, o que ocorreu no caso do Massacre de Ituango, em que a Corte entendeu que, no que pese o artigo 11 se intitule “Proteção da honra e da dignidade”, seu conteúdo inclui também a proteção da casa e da vida privada de interferências arbitrárias ou abusivas por parte do Estado ou de terceiros.⁶¹⁷

Já no caso Rosenda Cantú e outra vs. México, que tratava sobre a violação sexual e torturas sofridas por Valentina Rosendo Cantú por membros das forças armadas mexicanas, a Corte, utilizando-se da interpretação evolutiva e buscando o efeito útil dos seus dispositivos, se manifestou sobre a amplitude da proteção do artigo 11, especialmente em relação à identidade e vida sexual do indivíduo:

Quanto à suposta violação do artigo 11 da Convenção Americana, com base nesses mesmos fatos, a Corte especificou que, embora esta

⁶¹⁶ “Nonetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings. In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom**. Application no. 28957/95. Judgement in 11th July 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019, par.. 90.

⁶¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Massacre Ituango vs. Colômbia**. Sentença em 1º de julho de 2006. Série C, nº 148. Parágrafo 157. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_ing.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2019, par. 193.

disposição se intitule "direito à privacidade", seu conteúdo inclui, entre outros, a proteção da privacidade. Além disso, o conceito de privacidade é um termo abrangente, que não pode ser definido exhaustivamente. Inclui, no entanto, a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos. A Corte considera que o estupro da senhora Rosendo Cantú violou aspectos e valores essenciais de sua vida privada, representou uma intrusão em sua vida sexual e negou seu direito de decidir livremente com quem manter relações íntimas, fazendo com que ela perdesse o controle total sobre essa decisão pessoal e íntima, bem como de suas funções corporais básicas (tradução nossa).⁶¹⁸

O caso *Atala Riffo vs. Chile*, já citado anteriormente, o primeiro caso a tratar sobre diversidade sexual e de gênero julgado na CoIDH também trouxe contribuições sobre o direito à privacidade e, expandindo ainda mais o seu entendimento anteriormente fixado, a sexualidade e identidade de gênero. Posicionou-se a Corte no seguinte sentido:

A esse respeito, a Corte ressalta que a orientação sexual da senhora Atala faz parte de sua vida privada, na qual não era possível qualquer ingerência, sem que fossem cumpridos os requisitos de "idoneidade, necessidade e proporcionalidade". Diferente é que no âmbito de um processo de guarda seja possível analisar as condutas parentais concretas que, supostamente, podiam ter ocasionado dano à criança.

[...]

O Tribunal constata que durante o processo de guarda, a partir de uma visão estereotipada sobre o alcance da orientação sexual da senhora Atala (par. 146 supra), provocou-se uma ingerência arbitrária em sua vida privada, dado que a orientação sexual é parte da intimidade de uma pessoa e não tem relevância para analisar aspectos relacionados com paternidade ou maternidade, boa ou má. Portanto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.⁶¹⁹

Assim, para a Corte Interamericana, a orientação sexual é parte da intimidade do indivíduo, não podendo o Estado, arbitrariamente e de maneira discriminatória, interferir nessa esfera da vida privada. A sexualidade e a identidade de gênero

⁶¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Rosendo Cantú e outra vs. México**, Sentença em 31 de agosto de 2010. Série C, nº 216. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2019, par. 119.

⁶¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2019, par. 165, 167.

fazem parte do núcleo mais íntimo da pessoa humana, podendo o indivíduo manifestá-las livremente, do contrário se configuraria uma violação do direito à intimidade. Neste sentido, lecionam Bertoni e Zelada que:

Nessa mesma linha, estamos convencidos de que a vida privada também inclui o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, a proteção do direito à autodeterminação dos aspectos essenciais que constroem a identidade do indivíduo, como sua sexualidade.

[...]

A consequência prática dessa nova dimensão nos obriga a rejeitar não apenas as normas que criminalizam ou patologizam a sexualidade diversa - por exemplo, comportamento homossexual ou transgeneridade -, mas também garante o respeito pelas expressões públicas de afeto das pessoas, independentemente da Sua orientação sexual e identidade de gênero. Realmente, não há outra interpretação se levarmos em conta, além disso, que o reconhecimento da orientação sexual e identidade de gênero como categorias suspeitas no âmbito da Convenção Americana visa garantir que elas possam ser expressas externamente, como parte do projeto de vida de todo ser humano (tradução nossa).⁶²⁰

Na OC-24/17, a Corte Interamericana sustentou que o direito à vida privada não se limita apenas à privacidade, como se entendida anteriormente, incluindo também a capacidade de desenvolver livremente sua personalidade e determinar sua identidade, bem como definir suas relações pessoais:

[...] O conceito de vida privada abrange aspectos de identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos e com o mundo exterior. A efetividade do exercício do direito à privacidade é decisiva para a possibilidade de exercer autonomia pessoal

⁶²⁰ “En esta misma línea, estamos convencidos que la vida privada incluye además el respeto al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la tutela del derecho a la autodeterminación de los aspectos esenciales que construyen la identidad del individuo, como por ejemplo, su sexualidad. [...] La consecuencia práctica de esta nueva dimensión obliga a rechazar no sólo las normas que penalizan o patologizan la sexualidad diversa –por ejemplo, la conducta homosexual o la transgeneridad– sino que además garantiza el respeto de las expresiones públicas de afecto de las personas al margen de su orientación sexual e identidad de género. No cabe en realidad otra interpretación si tomamos en cuenta, además, que el reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas en el marco de la Convención Americana, tiene como objetivo el poder garantizar que éstas puedan expresarse externamente, como parte del proyecto de vida de todo ser humano”. BERTONI, Eduardo; ZELADA, Carlos J. Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad, p. 272-288. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 283.

no curso futuro de eventos relevantes à qualidade de vida da pessoa (tradução nossa).⁶²¹

Para a Corte, o direito a autodeterminar-se, compreendido no direito à vida privada, é essencial ao reconhecimento da dignidade humana, podendo o indivíduo orientar-se conforme suas próprias opções e convicções. O indivíduo sob a ótica dos direitos humanos é, afinal, dotado de um valor intrínseco,⁶²² não sendo um mero instrumento a disposição do Estado.⁶²³

O direito à identidade, entendido como os atributos e características livremente desenvolvidos que permitem a individualização entre a sociedade, está ligada à pessoa como ser individual, sendo imperativo para esse direito o reconhecimento desta diferenciação do resto da sociedade, da diferença entre o universo privado da pessoa e o universo público.⁶²⁴

⁶²¹ “[...] El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2019, par. 87.

⁶²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Não paginado.

⁶²³ “Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2019, par. 88.

⁶²⁴ “A simismo, se puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2019, par. 91.

Em relação à identidade de gênero, componente essencial da personalidade e individualidade humana, leciona Gonçalves:

Percebe-se, assim, que a identificação com o sexo oposto se insere no âmbito da vida privada, e resulta da dinâmica da vida. Nessa medida, liga-se ao livre desenvolvimento da pessoa e à expansão da personalidade, pressupondo uma esfera de não impedimento e, portanto, de autonomia para definir os próprios projetos de vida, alcançada pela tutela da vida privada. O direito à intimidade, outrossim, garante o segredo da informação, o que permite uma maior liberdade de escolha.⁶²⁵

Assim, pertencendo ao nível mais íntimo da individualidade da pessoa e essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à identidade de gênero encontra-se tutelado pelo direito à vida privada previsto no artigo 11.2 da CADH, devendo o Estado abster-se de ingerências neste domínio, sob pena de prejudicar o indivíduo em seu nível mais íntimo e precioso. Ademais, a não alteração dos documentos, como bem sustentado pela CoEDH no caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, é uma violação à intimidade e à autonomia da pessoa.⁶²⁶

4.5 ARTIGO 18: DIREITO AO NOME.

O artigo 18 da CADH estabelece que “toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de

⁶²⁵ GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 125.

⁶²⁶ “Sobre lo anterior, cabe recordar que el TEDH ha establecido que la falta de reconocimiento de la identidad de una persona transgénero puede configurar una injerencia en la vida privada. En este sentido, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, recomendó a los Estados expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular; de igual manera, facilitar el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y disponer lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos. A su vez, la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal –del derecho a vivir como uno quiera–, lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás –derecho a vivir sin humillaciones– y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una existencia digna”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2019, par. 113.

assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.⁶²⁷ Trata-se, nos termos do artigo 27 da Convenção, de um direito indisponível.

O direito ao nome também encontra paralelos no PIDCP (artigo 24.2), na Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 7.1), na Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (artigo 6.1) e na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigo 29). Importante ressaltar que a Convenção Americana reconhece tal direito a todas as pessoas, enquanto que o PIDCP, bem como outros instrumentos internacionais, reconhece o direito ao nome apenas às crianças.

Sobre este direito, leciona Beloff que:

O nome é a marca distintiva do indivíduo, o elemento necessário de sua atividade individual que, se ele não o tivesse, não poderia exercer-se livremente, mas correndo o risco de ser confundido com outros indivíduos.

O direito ao nome é um direito inalienável, inerente à personalidade, assim como o direito à vida, o direito à saúde, o direito à honra, o direito à liberdade, entre outros; dos quais ninguém pode desistir de seu prazer e exercício, porque, precisamente, esse prazer e exercício constituem personalidade (tradução nossa).⁶²⁸

Em igual sentido, Mazzuoli entende ser o nome um “atributo básico indispensável de sua personalidade, pois sem ele os indivíduos não são

⁶²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2019.

⁶²⁸ “El nombre es la marca distintiva del individuo, el elemento necesario de su actividad individual que, de no tenerlo, no podría ejercer libremente sino a riesgo de ser objeto de confusión con otros individuos. El derecho al nombre es un derecho inalienable como inherente a la personalidad, igual que el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al honor, el derecho a la libertad, entre otros; de los que nadie puede renunciar a su goce y ejercicio porque, precisamente, ese goce y ejercicio constituyen la personalidad”. BELOFF, Mary. Artículo 18: Derecho al nombre, p. 427-444. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 429.

reconhecidos quer pela sociedade, quer pelo Estado”.⁶²⁹ Segundo o autor, este direito foi judicializado na Corte, em geral, em casos envolvendo crianças.⁶³⁰

Importante destacar aqui o posicionamento da Corte no emblemático caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* que: “No entanto, o direito ao nome consagrado no artigo 18 da Convenção Americana constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem a qual não pode ser reconhecido pela sociedade ou registrado no Estado (tradução nossa)”.⁶³¹

Assim, o nome pode ser entendido como o símbolo máximo da singularidade do indivíduo, diferenciando-o dos demais membros da sociedade, sendo de extrema importância no desenvolvimento autônomo da personalidade. Também um instrumento essencial para que o indivíduo desenvolva relações e vínculos não apenas com a sociedade, mas também com o Estado.⁶³²

No referido caso, a Corte também entendeu ser um dever do Estado garantir que a pessoa seja registrada com o nome por ela elegido ou pelos seus pais:

Da mesma forma, os Estados devem garantir que a pessoa seja registrada com o nome escolhido por ele ou por seus pais, dependendo do horário do registro, sem qualquer restrição ao direito ou interferência na decisão de escolher o nome. Uma vez registrada, a possibilidade de preservar e restabelecer seu nome e sobrenome deve ser garantida. O nome e o sobrenome são essenciais para estabelecer formalmente o vínculo entre os diferentes membros da família com a sociedade e com o Estado, o que não

⁶²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 18: Direito ao Nome. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 200.

⁶³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 18: Direito ao Nome. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 200.

⁶³¹ “Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana**, Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 182.

⁶³² “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Yean y Bosico por la República Dominicana”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana**, Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 184.

era garantido às meninas Yean e Bosico pela República Dominicana (tradução nossa).⁶³³

No caso em comento, a Corte também estabeleceu que o Estado não possui apenas o dever de proteger, mas também de adotar medidas que visem facilitar ao máximo o registro do nome.⁶³⁴

De igual importância no desenvolvimento artigo em análise foi também o caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentenciado em março de 2005. Entre os anos de 1980 e 1991, El Salvador passou por um grave conflito armado interno, onde estima-se que 145 crianças desapareceram durante os anos de conflito.⁶³⁵

Em 2 de junho de 1982, as infantas Ernestina e Erlinda Serrano Cruz, então com 7 e 3 anos de idade, respectivamente, foram supostamente capturadas e sequestradas por agentes do exército salvadorenho durante a operação “Operación Limpeza”.⁶³⁶

Em relação ao direito ao nome, a Comissão Interamericana destacou a sua importância, junto com outros direitos, na constituição da personalidade do indivíduo, especialmente na construção da personalidade da criança. Sustentou também que a prática, tida como comum, de alterar o nome de registro das crianças sequestradas

⁶³³ “Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Yean y Bosico por la República Dominicana”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana**, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>. Acceso en: 08 de noviembre de 2019, par. 184.

⁶³⁴ “Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana**, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, nº 130. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>. Acceso en: 08 de noviembre de 2019, par. 183.

⁶³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentencia de 1º de marzo de 2005. Serie C, nº 120. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acceso en: 08 de noviembre de 2019, par. 48.1-48.2.

⁶³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentencia de 1º de marzo de 2005. Serie C, nº 120. Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acceso en: 08 de noviembre de 2019, par. 2.

era extremamente danoso para a manutenção dos laços familiares, sendo o Estado responsável por facilitar essas mudanças ilegais.⁶³⁷

Os representantes das vítimas também ressaltaram a importância do direito ao nome, alegando que:

a) *O direito ao nome está intrinsecamente ligado ao reconhecimento da identidade pessoal, o que implica também pertencer a uma família e uma comunidade.* Nesse sentido, a Corte deve usar a Convenção sobre os Direitos da Criança para interpretar o conteúdo do artigo 18 da Convenção Americana;

b) O direito ao nome tem duas dimensões. A primeira delas é o direito de toda criança possuir um nome e ser devidamente registrada. O desrespeito a esse direito faria com que a criança permanecesse desconhecida do Estado e da sociedade, facilitando o comércio, o sequestro ou outro tratamento incompatível com o gozo de seus direitos. A segunda dimensão é o direito de preservar sua identidade, incluindo nacionalidade, nome e relações familiares de acordo com a lei, sem interferência ilegal (grifo nosso).⁶³⁸

A Corte Interamericana, contudo, não se pronunciou sobre a violação do artigo 18 da CADH, entendendo que não possuía competência para se pronunciar sobre as possíveis violações ocorridas antes de 06 de junho de 1995, data do depósito junto à OEA por parte do Estado salvadorenho.⁶³⁹

Porém, o voto dissidente do então Juiz Interamericano Cançado Trindade não se absteve de entrar no mérito do direito ao nome e do direito à personalidade. Na sua opinião, o direito à identidade, no caso em específico, derivava diretamente dos artigos 17 e 18 da CADH.⁶⁴⁰ Assevera o jurista que:

⁶³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 117.

⁶³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 120, alíneas “a” e “b”.

⁶³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 125.

⁶⁴⁰ “Aunque el derecho a la identidad no se encuentre expresamente previsto en la Convención Americana, su contenido material se desprende, en las circunstancias del caso concreto, sobre todo de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (derecho a la protección de la familia) de la

No entendimento do da Corte Europeia, "ao se constituir como um meio de identificação pessoal e uma conexão com a família, o nome de um indivíduo diz respeito à sua vida privada e familiar". *Não se trata do nome em si, mas do nome como "bem da identidade pessoal", designando a pessoa humana que se identifica e por meio da qual ela exerce e defende seus direitos individuais*. O direito à identidade, conformado pelo conteúdo material dos direitos ao nome e à proteção da família, não apenas amplia o elenco dos direitos individuais, mas também contribui, na minha opinião, para fortalecer a proteção dos direitos humanos (grifo nosso) (tradução nossa).⁶⁴¹

Partilhando da opinião de Cançado Trindade, importante também destacar o voto dissidente do então juiz Manuel E. Ventura Robles, o qual sustentou que:

Devido aos fatos particulares deste caso, a consequência lógica e necessária desses atos é que houve violação do direito à identidade de Ernestina e Erlinda e seus familiares, *porque sem família e sem nome não há identidade*. É claro que o direito à identidade como tal não está expressamente declarado na Convenção Americana. No entanto, é importante ressaltar que, na minha opinião, esse direito é protegido no referido tratado contra uma interpretação evolutiva do conteúdo de outros direitos nele consagrados e, nesse caso particular, através da análise do Artigos 17, 18 e 19 da Convenção.⁶⁴²

Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) de ésta". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Voto dissidente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 20.

⁶⁴¹ "En el entendimiento de la Corte Europea, "al constituir un medio de identificación personal y una conexión a la familia, el nombre de un individuo concierne a su vida privada y familiar". No se trata del nombre per se, sino más bien del nombre como "bien de la identidad personal", designando la persona humana que con él se identifica, y mediante el cual ejerce y defiende sus derechos individuales. El derecho a la identidad, conformado por el contenido material de los derechos al nombre y a la protección de la familia, no sólo amplía el elenco de los derechos individuales, sino además contribuye, a mi juicio, a fortalecer la tutela de los derechos humanos". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Voto dissidente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 24

⁶⁴² "Debido a los hechos particulares de este caso, la consecuencia lógica y necesaria de esa violación es la de vulnerar el derecho a la identidad de Ernestina y Erlinda y de sus familiares, porque sin familia y sin nombre no hay identidad. Es claro que el derecho a la identidad como tal no está recogido expresamente por la Convención Americana. Sin embargo, es importante señalar que, en mi opinión, este derecho sí se encuentra protegido en dicho tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de otros derechos consagrados en el mismo, y en este caso en particular, a través del análisis de los artículos 17, 18 y 19 de la Convención". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Voto dissidente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <

Assim, tanto a jurisprudência da Corte quanto a doutrina deixam claro a relação essencial entre o direito ao nome, previsto no artigo 18 da CADH, e o direito à identidade, ao livre e autônomo desenvolvimento da personalidade.⁶⁴³

Ainda, o direito ao nome se reveste de ainda mais importância quando da análise do direito à identidade de gênero no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A própria OC-24/17, por exemplo, teve como questionamento o direito à mudança de nome por pessoas trans com base nos artigos 11.2, 18 e 24 da CADH.

Contudo, a jurisprudência da Corte, como assentado em ambos os casos citados, se direcionava no sentido de que o direito ao nome envolvia a proteção de um nome já registrado (caso *Hermanas Serrano Cruz*) ou o direito a ter um nome (Caso *Niñas Yean y Bosico*), mas em nenhum deles a Corte havia se pronunciado quanto à mudança de nome e o seu reconhecimento.

Na referida opinião consultiva, a Corte reiterou o seu entendimento adotado no caso *Niñas Yean y Bosico*, sustentando que o nome é um atributo da personalidade, expressão da individualidade e tem como objetivo afirmar a identidade da pessoa perante a sociedade e o Estado. Trata-se, pois, de um direito fundamental que é inerente ao indivíduo.⁶⁴⁴

Sobre a importância de tal direito, a Corte foi contundente em seu posicionamento:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 5.

⁶⁴³ “En conclusión, el derecho al nombre es uno de los componentes del derecho a la identidad y permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, de ahí la íntima relación que tiene con varios de ellos”. BELOFF, Mary. Artículo 18: Derecho al nombre, p. 427-444. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 440.

⁶⁴⁴ “El nombre como atributo de la personalidad, constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado. Con él se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal. Se trata de un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 106.

Além do acima exposto, este Tribunal sustenta que a definição do nome, como atributo da personalidade, *é decisiva para o livre desenvolvimento das opções que dão sentido à existência de cada pessoa e à realização do direito à identidade*. Não é um agente cujo objetivo é a homologação da pessoa humana, mas, pelo contrário, é um fator de distinção. *É por isso que cada pessoa deve ter a possibilidade de escolher livremente e mudar seu nome como achar melhor. É assim que a falta de reconhecimento da mudança de nome de acordo com essa identidade percebida implica que a pessoa perde total ou parcialmente a propriedade desses direitos e que, embora exista e possa ser encontrada em um determinado contexto social dentro do Estado, sua própria existência não é legalmente reconhecida de acordo com um componente essencial de sua identidade. Nestas circunstâncias, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e o direito à identidade de gênero também são prejudicados* (grifo nosso) (tradução nossa).⁶⁴⁵

Ora, sustentou a Corte, em resumo, que o nome, como característica individualizante e exteriorizada da personalidade, além de particular da pessoa, deve se adequar à identidade autopercebida pelo indivíduo, e que o cerceamento de tal autonomia, como a proibição da alteração do nome por parte do Estado, afeta a própria existência do indivíduo, prejudicando a maneira como este se apresenta para o exterior.

Nota-se, aqui, uma mudança no entendimento da Corte através de uma interpretação evolutiva do artigo 18, buscando o efeito útil do direito tutelado e permitindo, assim, a mudança do nome, em vez de o simples direito a ter um nome registrado e reconhecido ao nascimento. Como bem sustentou a Corte:

[...] os Estados devem respeitar e garantir a todas as pessoas a *possibilidade de registrar e/ou alterar, retificar ou adaptar seu nome* e os outros componentes essenciais de sua identidade, como a imagem ou a

⁶⁴⁵ “Además de lo anterior, esta Corte sostiene que la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad. No se trata de un agente que tenga por finalidad la homologación de la persona humana, sino por el contrario es un factor de distinción. Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad. En tal circunstancia también se ve menoscabado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de género”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 106.

referência a sexo ou gênero, sem interferência de autoridades públicas ou terceiros (grifo nosso) (tradução nossa).⁶⁴⁶

Para a Corte, a mudança do nome, bem como a dos registros oficiais e documentos de identidade, do sexo e do gênero é essencial à identidade de gênero e, igualmente, essencial à sua própria autonomia:

Por sua vez, a falta de correspondência entre a identidade sexual e de gênero que uma pessoa assume e a que está registrada em seus documentos de identidade implica negar-lhes uma dimensão constitutiva de sua autonomia pessoal - do direito de viver como se deseja -, o que ao mesmo tempo, pode se tornar objeto de rejeição e discriminação por outras pessoas - o direito de viver sem humilhação - e dificultar o acesso às condições materiais necessárias para uma existência digna (tradução nossa).⁶⁴⁷

Assim, o direito ao nome, este entendido como um atributo particular e essencial ao livre desenvolvimento, bem como elemento indisponível da própria individualidade humana, é essencial para a construção do direito à identidade de gênero. Conforme demonstrado, o nome é um atributo constitutivo da identidade, não podendo o Estado ou terceiros obstarem a alteração do nome para que este se adeque à identidade de gênero autopercebida.⁶⁴⁸

O nome é, afinal, uma parte essencial da identidade de gênero, sendo um dos mais perceptíveis atributos do gênero com o qual a pessoa se identifica. É um dos

⁶⁴⁶ “[...] los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 115.

⁶⁴⁷ “A su vez, la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal –del derecho a vivir como uno quiera–, lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás –derecho a vivir sin humillaciones– y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una existencia digna”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 113.

⁶⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 115.

elementos que permite que o outro, a sociedade, o exterior, identifique aquela pessoa como de determinado gênero.⁶⁴⁹

Neste sentido, importante a lição de Barbosa: “Tenho apontado como a prática de se nomear e de ser nomeado é performativo no sentido de que estas práticas não somente nomeiam ou descrevem, mas criam e corporificam categorias e sujeitos neste processo”.⁶⁵⁰ Ou seja, o ato de se nomear, e de se nomear de acordo com um gênero que não corresponde ao sexo, cria no indivíduo aquele gênero com o qual o nome se adequa.

Como sustentou a própria Corte na opinião consultiva, o direito à identidade de gênero implica, *necessariamente*, o direito à mudança dos registros e documentos de identidade, para que estes correspondam ao gênero com o qual as pessoas se identificam.⁶⁵¹ O nome é, afinal, um dos principais símbolos de reconhecimento pela sociedade, sendo essencial que seja adequado à identidade autopercebida pela pessoa.

⁶⁴⁹ Neste sentido: “Sex of rearing denotes the cultural characteristics that we ascribe to an individual. These characteristics include not only the physical appearance of the individual’s body, but also cultural characteristics such as name and manner of dress.”. VILAIN, Eric. Genetics of Sexual Development and Diferrentiation, p. 329-353. In: ROWLAND, David L. (ed.); INCROCCI, Luca (ed.). **Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008, p. 332.

⁶⁵⁰ BARBOSA, Bruno Cesar. Doidas e putas: usos das categorias travesti e transexual, p. 352-379. **Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana**. Rio de Janeiro, n. 14, 2013, p. 371.

⁶⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2019, par. 112.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo, a partir da construção da pessoa trans enquanto figura abjeta e desprovida de reconhecimento como sujeito, analisar a possibilidade de se encontrar uma proteção jurídica à identidade de gênero enquanto direito humano na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Como buscou-se demonstrar no primeiro capítulo da presente dissertação, uma parte da sigla LGBTI+ vem conquistando cada vez mais espaço na sociedade, com um avanço significativo no reconhecimento de direitos na última década, seja em plano nacional ou internacional. Contudo, a letra “T”, e tudo que ela representa, ainda é vítima das mais variadas violências, dentre elas a completa invisibilidade na sociedade.

Em uma sociedade heteronormativa, em que a heterossexualidade e a cisgeneridade são a regra e únicas possibilidades aceitáveis, a ideia de que o gênero com o qual o indivíduo se identifica não é obrigatoriamente correspondente com o sexo morfológico causa perplexidade, até mesmo repulsa. Contudo, é um fato que as pessoas trans (r)existem.

Entretanto, a mera existência da pessoa trans desafia as normas binárias heteronormativas e cisgêneras, e esse desafio não pode ser aceito sem uma resposta, sob o risco de que o próprio mundo hetero-cisnormativo entre em colapso. Assim, combate-se aqueles que fogem à norma. Busca-se punir os desviantes para que se mantenha a norma da heteronormatividade como absoluta.

A existência das pessoas trans, então, se dá às margens do ordenamento jurídico e às margens das categorias de sujeito reconhecidas pela sociedade. Essa existência foi, afinal, construída nas ciências da saúde como uma perversão, uma doença, e só recentemente isso se alterou. São indivíduos que vivem, nos termos butlerianos, onde é impossível de se viver.⁶⁵²

⁶⁵² BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble. Não paginado.

Por desafiarem o padrão da heteronormatividade e viverem às margens da humanidade reconhecida, tais indivíduos estão expostos aos mais diversos tipos de violência, que por sua vez tem como objetivo demonstrar que “inumano” é tudo que sempre serão. Viver fora da norma imposta pela sociedade heteronormativa é cortejar a morte.⁶⁵³

São pessoas que (sobre)vivem à margem da saúde, da educação e do mercado de trabalho. Essa total exclusão social é um gerenciamento sobre a vida e a morte das pessoas trans, cuja existência ameaça os atuais padrões de sexualidade e gênero impostos pela sociedade. Assim, opta-se por manter as pessoas trans na invisibilidade, no que não é inteligível e perceptível como sujeito.

Faz-se, então, necessária a busca de ferramentas que acabem com essa *abjeção* das pessoas trans, colocando-as, finalmente, na categoria de sujeito destinatário de direitos. Faz-se necessário o reconhecimento da dignidade humana e da própria humanidade que até agora lhes foi negada. Para tanto, há que se recorrer aos direitos humanos.

Os direitos humanos como conhecemos surgiram enquanto resposta às atrocidades cometidas contra a humanidade no período da Segunda Guerra Mundial. Nasceram como uma resposta ao processo tanatopolítico do Estado nazista que dizimou milhões de indivíduos, o que foi feito com base, principalmente, na negação da humanidade das vítimas do holocausto.

Da mesma forma, os direitos humanos no continente americano surgiram como uma resposta não só às ideias do pós-guerra, mas também ao contexto americano da época, onde uma grande parte do continente enfrentava regimes ditatoriais e sistemáticas violações de direitos humanos, além dos desafios econômicos e sociais.

Contudo, na irrefreável marcha histórica dos direitos humanos, faz-se necessário o reconhecimento de novas ameaças à dignidade, novas demandas e novos sujeitos de direito que também são merecedores da tutela por parte dos direitos humanos.

⁶⁵³ BUTLER, Judith. **Undoing gender**, p. 34

Uma interpretação originalista da Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, acabaria por acarretar, evidentemente, em uma interpretação limitada, o que prejudicaria a máxima da proteção dos direitos humanos. Como, então, superar as limitações temporais dos instrumentos de direitos humanos em um mundo dinâmico e global? Como utilizar os direitos humanos construídos já há algum tempo para superar os novos desafios?

Como ficou demonstrado no segundo capítulo deste estudo, a interpretação evolutiva se apresenta como uma solução adequada para tal desafio. Essa interpretação é capaz de impedir que os tratados de direitos humanos, tão importantes para a proteção do próprio conceito de humanidade, tornem-se obsoletos.

Com a interpretação evolutiva, permite-se que um termo seja entendido de maneira diferente conforme o passar do tempo, sem que isso implique em uma alteração no texto do documento. O que muda é a interpretação, que se torna dinâmica e permite uma abordagem atual da Convenção Americana.⁶⁵⁴

Assim, o significado de um tratado de direitos humanos pode evoluir e mudar junto com a sociedade, assumindo diferentes contornos e significados, tal como se fosse um instrumento vivo, mutável e adaptável. Os fatos e desafios que se apresentam são atuais, de modo que a resposta também precisa se dar em um contexto atual.

Como restou demonstrado no trabalho que se encerra, ainda que não exista qualquer proteção expressa aos indivíduos LGBTI+ no âmbito do Sistema Interamericano, houve avanços na matéria, sendo de maior destaque o histórico julgamento do caso *Atala Rizzo vs. Chile* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No referido caso, orientada pelo princípio *pro persona*, a Corte Interamericana, por meio da técnica de interpretação evolutiva, decidiu que a

⁶⁵⁴ THEIL, Stefan. Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?, p. 587-614. *European Public Law*, 23 (3), 2017, p. 603-604

orientação sexual e a identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção Americana.

Através de seus julgamentos e opiniões consultivas, a Corte Interamericana vem afirmando, reiteradamente, o seu compromisso com os indivíduos LGBTI+, sendo incompatível com a Convenção qualquer tratamento discriminatório, independente de previsão expressa na Convenção.

Assim, ao percorrer os referenciais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, restou claro que ainda que não haja uma proteção *específica* à pessoa trans, existe a possibilidade de se erigir a proteção necessária na Convenção Americana de Direitos Humanos através da utilização da técnica da interpretação evolutiva, sempre se orientando pelo princípio da dignidade humana.

Diante disso, o último capítulo buscou construir as bases teóricas para o reconhecimento da identidade de gênero enquanto direito humano reconhecido na Convenção Americana, através da interpretação evolutiva de cinco dispositivos do referido documento: o direito à igualdade, previsto no artigo 1.1; o direito à personalidade jurídica, artigo 3º; o direito à liberdade, artigo 7º; o direito à intimidade, artigo 11.2; e, por fim, o direito ao nome, previsto no artigo 18.

A identidade está em constante transformação, acompanhando o desenvolvimento do indivíduo *enquanto* indivíduo. Como a própria Corte Interamericana ressaltou, a identidade diz respeito à individualidade da pessoa, o reconhecimento da sua singularidade enquanto membro de uma coletividade, e aos componentes essenciais da do seu plano de vida.⁶⁵⁵

A dignidade da pessoa humana, princípio máximo dos direitos humanos, impõe que o indivíduo, como sujeito e não apenas objeto, possa escolher os caminhos pelos quais irá construir a sua própria identidade, independente da identificação original do nascimento.

Assim, é imperativa a utilização dos direitos humanos como instrumento para criar os meios que tornem possível o desenvolvimento integral da pessoa humana. Urge-se, pois, a utilização dos direitos humanos como instrumento para a

⁶⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2019, par. 91.

emancipação e proteção das pessoas trans, de modo que estas possam se autodeterminar de acordo com o que dá sentido à sua existência.

No trecho destacado ainda na introdução dessa dissertação, Ivan Coyote aponta que as pessoas trans não estão presas no corpo errado, mas sim em um mundo que não permite que os corpos trans existam. Não é uma luta entre o interior da pessoa trans e o seu corpo, mas entre a pessoa trans e um mundo que não as aceita.⁶⁵⁶ Essa odiosa realidade viola os direitos humanos em seu cerne e precisa mudar.

O caminho que desponta é árduo, mas não podemos sucumbir à desesperança. Como bem recorda Bobbio:

A única razão para a esperança é que a história conhece os tempos longos e os tempos breves. A história dos direitos do homem, é melhor não se iludir, é a dos tempos longos. Afinal, sempre aconteceu que, enquanto os profetas das desventuras anunciam a desgraça que está prestes a acontecer e convidam à vigilância, os profetas dos tempos felizes olham para longe.⁶⁵⁷

Sejamos, pois, profetas dos tempos felizes, que olham para o longe, para tempos melhores.

⁶⁵⁶ COYOTE, Ivan E. **Tomboy Survival Guide**. Vancouver: Arsenal Pulp Press, 2016. p. 221-22

⁶⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993, p. 96.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFG, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ALVARADO, Dante M. Negro. Orientación sexual, identidad y expresión de género em el Sistema Interamericano, p. 153-175. **Agenda Internacional**, Ano XVII, nº 28, 2010.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias, p. 33-45. **Argumenta Journal Law**, n. 20, 2014.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. Tradução por Maria Inês Corrêa Nascimento et. al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ANDREU, Federico. Artículo 3: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, p. 99-111. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord).

Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. *E-book*.

ARGENTIERI, Simona. Transvestism, transsexualism, transgender: identification and imitation, p. 1-40. In: AMBROSIO, Giovanna. **Transvestism, transsexualism in the Psychoanalytic Dimension.** London: Karnac Books LTD., 2009.

ARGENTINA. **Lei nº 26.743**, de 23 de maio de 2012. Estabelece o direito à identidade de gênero. Disponível em <https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ley_26.743_de_identidad_de_genero.pdf>.

ARRUBIA, Eduardo J. El derecho al nombre em relación con la identidad de género dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso del Estado de Costa Rica, p. 148-168. **Revista Direito GV**, 14(1), 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProtTodPesDesFor.html>>.

BARBOSA, Bruno Cesar. Doidas e putas: usos das categorias travesti e transexual, p. 352-379. **Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana.** Rio de Janeiro, n. 14, 2013.

BARBOSA, Bruno Cesar. **Imaginando trans**: saberes e ativismos em torno das regulações das transformações corporais do sexo. 2015. 187 páginas. Tese de Doutorado em Antropologia Social – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 17-32. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, n. 13. Madrid: 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo. Saraiva: 2009.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2014.

BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BELOFF, Mary. Artículo 18: Derecho al nombre, p. 427-444. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal, p.165-182. **Contemporânea**: Revista de Sociologia da UFSCar. v. 4, n. 1. 2014.

_____. **O que é transexualidade?**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.

BERTONI, Eduardo; ZELADA, Carlos J. Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad, p. 272-288. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>.

_____. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de abril de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.

_____. Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>.

_____. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9612.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 1º de março de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 07 de março de 2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 de outubro de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

BURKE, Peter J.; STETS, Jan E. **Identity Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BUTLER, Judith. **Bodies that matter**: on the discursive limits of 'sex'. New York: Routledge, 2011.

_____. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

_____. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. *E-book*. Título original: Gender Trouble.

_____. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2004.

BYNE, William; KARASIC, Dan H.; COLEMAN, Eli; EYLER, A. Evan; KIDD, Jeremy D.; MEYER-BAHLBURG, Heino F. L.; PLEAK, Richard R.; PULA, Jack. Gender dysphoria in adults: An overview and primer for psychiatrists, p. 57-A3. **Transgender Health**. Vol. 3, n. 1, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53988>>.

_____. **Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=54010>>.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil Contemporâneo, p. 131-148. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2012.

CARVALHO, Claudio Oliveira de; MORAES, Ariana Ferreira de Alencar; ROCHA, João Pedro Botelho. Reflexões para um direito emancipatório, p. 61-84. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Ano XI, n. 18, 2016.

CHILE. **Lei nº 21.120**, de 28 de novembro de 2018. Reconhece e dá proteção ao direito à identidade de gênero. Disponível em: <<http://bcn.cl/283xn>>.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia, p. 135-144. **Revista da Faculdade de Direito de Campos 2** (3), 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Nº 24/18:** Caso 12.982, Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. 24 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12982FondoEs.pdf>>.

_____. **Informe Nº 71/99:** Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 04 de maio de 1999. Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>>.

_____. **Plano de acción 4.6.1 (2011-2012):** Personas LGBTI. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>>.

_____. **Reconocimiento de derechos de personas LGBTI.** OAS/Ser.L/V/II.170, 2018.

_____. **Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas.** OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 2015.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Toonen Vs. Austrália,** Comunicação n. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, de 4 de abril de 1992. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws488.htm>>.

CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais.** 1. ed., São Paulo: Editora nVersos, 2016.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global.** 1. ed. São Paulo: Editora nVersos, 2015.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala.** Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, nº 63. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>.

_____. **Caso Apitz Barbera e Outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**, Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C, nº 182. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>.

_____. **Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica**, Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C, nº 257. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>.

_____. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, nº 239. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>.

_____. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C, nº 70. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>.

_____. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador**, Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C, nº 170. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>.

_____. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**, Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, nº 214. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>.

_____. **Caso da Comunidade Indígena Yakya Axa vs. Paraguai**. Sentença em 17 de junho de 2005. Série C, nº 125. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf>.

_____. **Caso do Massacre Ituango vs. Colômbia**. Sentença em 1º de julho de 2006. Série C, nº 148. Parágrafo 157. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_ing.pdf>.

_____. **Caso Flor Freire vs. Equador**. Sentença em 31 de agosto de 2016. Série C, nº 315. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf>.

_____. **Caso Forneron e Filha vs. Argentina**, Sentença de 27 de abril de 2011. Série C, nº 242. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguai**, Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>.

_____. **Caso González e Outras (“Campo Algodonero”) vs. México**, Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C, nº 205. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>.

_____. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Voto dissidente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>.

_____. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Voto dissidente do Juiz Manuel E. Ventura Robles. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>.

_____. **Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>.

_____. **Caso Niñas Yean y Bosico VS. República Dominicana**, Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>.

_____. **Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador**, Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C, nº 285. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf>.

_____. **Caso Rojas Marín e outra vs. Peru**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/rojas_marin_y_otras.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

_____. **Caso Rosendo Cantú e outra vs. México**, Sentença em 31 de agosto de 2010. Série C, nº 216. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>.

_____. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença em 29 de julho de 1988. Série C, nº 04. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>.

_____. **Comunidade Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguai**, Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2019.

_____. **Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai**, Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146, voto apartado do Juiz Sergio García Rampirez. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

_____. **Massacre Mapiripán vs. Colômbia**, Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf>.

_____. **Opinião Consultiva OC-10/89**, de 14 de julho de 1989. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de acordo com o artigo 64 da Convenção American de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_ing1.pdf>.

_____. **Opinião Consultiva OC-1/82**, de 24 de setembro de 1982. Outros tratados sujeitos à jurisdição consultiva da Corte (art. 64 da CADH). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_ing1.pdf>.

_____. **Opinião Consultiva OC-24/17**, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.

_____. **Opinião Consultiva OC-4/84**, de 19 de janeiro de 1984. Opinião Consultiva sobre a proposta de modificação da constituição política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf>.

COYOTE, Ivan E. **Tomboy Survival Guide**. Vancouver: Arsenal Pulp Press, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIP, Andrea. **Em nome de quem?** A bancada evangélica e seu projeto de poder. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights, p. 1730-1745. **German Law Journal**, v. 12, n. 10, 2011.

ESPOSITO, Roberto. **Bíos: Biopolitics and philosophy**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2008.

EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. **Application No. 6825/74, X v Iceland**, Decisão em 18 de maio de 1976. Disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74783&filename=001-74783.pdf>>.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom**. Application no. 28957/95. Judgement in 11th July 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>>.

_____. **Case of Cossey vs. The United Kingdom**. Application no. 10843/84. Judgement in 29th August, 1990. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fd17.html>>.

_____. **Case of Rees vs. The United Kingdom.** Application no. 9532/81. Judgement in 17th October, 1986. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57564%22]})>.

_____. **Case of Sheffield and Horsham vs. The United Kindgom.** Application no. 22885/93. Judgement in 30th July, 1998. Disponível em <<http://www.pfc.org.uk/caselaw/Full%20text%20of%20the%20Courts%20judgment.pdf>>.

_____. **Case of Tyrer v. The United Kingdom.** Application no. 5856/72. Judgement in 25th April, 1978. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]})>.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FEINBERG, Leslie. *Transgender warriores: making history from Joan of Arc to Dennis Rodman.* Boston: Beacon Press. 1996.

FLORES, Joaquin Herrera. **A reivenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I: A vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999. Título original: *Histoire de la Sexualité I: La Volonté de savoir.*

_____. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2017. Título original: Une microphysique du pouvoir.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética?, p. 101-138. **Lua Nova**, São Paulo, 70, 2007.

_____. Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition, participation, p. 98-108. **Discussion Papers, Research Unit: Organization and Employment FS I**, WZB Berlin Social Science Center, 1998.

GOMES, Camilla Magalhães. Os sujeitos do performativo jurídico: relendo a dignidade da pessoa humana nos marcos de gênero e raça. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 10, n. 2, 2019, p. 871-905.

GONÇALVES, Camila e Jesus Mello. **Transexualidade e direitos humanos**: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

GRAHAM, Randal N. M. Right Theory, Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and “Fundamental Laws”, p. 169-226. **The Supreme Court Law Review: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference** 34, 2006.

GREER, Steven. **The margin of appreciation**: interpretation and discretion under the ECHR. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.

GROSSMAN, Claudio. The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the future, p. 1267-1282. **Indiana Law Journal**, v. 83, n. 4, 2008.

Grupo Gay da Bahia. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil – Relatório GGB 2017**. Disponível em: <<https://homofobiamata.wordpress.com/relatorio-ggb-2017/>>.

_____. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil – Relatório GGB 2018**. Disponível em <<https://tribunahoje.com/wp-content/uploads/2019/01/Popula%C3%A7%C3%A3o-LGBT-morta-no-Brasil-relat%C3%B3rio-GGB-2018.pdf?x69597>>.

HAUSMAN, Bernice. L. **Changing sex**: transsexualism, technology and the idea of gender. Durham: Duke University Press, 1995.

IFE, Jim. **Human rights from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

INCONGRUÊNCIA. In: DICIO. **Dicionário Online de Português**. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/incongruencia/>>.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation**, by George Nolte, Special Rapporteur. 19 de março de 2013. Disponível em: <<https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/660>>.

KESSLER, Suzanne J.; McKENNA, Wendy. Toward a theory of gender, p. 165-182. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

KILLANDER, Magnus. Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos, p. 149-176. **SUR**: Revista Internacional de Derechos Humanos, v. 7, n. 13, 2010.

KRAFFT-EBBING, Richard Von. **Psychopathia sexualis**: a medico-forensic study. London: William Heineman (Medical Books) LTD., 1939.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law, p. 585-604. **The European Journal of International Law**, Vol. 21, n. 3, 2010.

LO, Chang-fa. **Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties**: a new round of codification. Singapore: Springer Nature, 2017.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autênciã Editora, 2018.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer e MÖLLER, Carlos María Pelayo. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos, p. 42-68. In: STEINER, Christian (coord.); URIBE, Patricia (coord). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

MAROCHINI, Maša. The interpretation of the European Convention on Human Rights, p. 63-84. **Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu**, vol. 51, 2014.

MARSHALL, Jill. **Personal Freedom through Human Rights Law?** Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights. Leiden: Brill, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 11: Proteção da Honra e da Dignidade, p. 176-179. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Artigo 3: Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica, p. 25-28 In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, p. 1-9 In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019

_____. Artigo 64, p. 346-350 In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MBEMBE, Josef Achille. **Necropolítica**. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2011.

McGROGAN, David. On the interpretation of human rights treaties and subsequent practice, p. 347-378. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 32, n. 4, 2017.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil, p. 289-312. **Sociedade e Estado**, 27(2), 2012.

MELLO, Luiz; BRAZ, Camilo; FREITAS, Fátima Regina Almeida de; e AVELAR, Rezende Bruno de. Questões LGBT em debate: sobre desafios e conquistas, p. 151-161. **Revista Sociedade e Cultura**. v. 15, n. 1, 2012.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades, p. 403-429. **Cadernos Pagu**, (39), 2012.

MELO, Ranniery. “Sexto acusado pela morte da travesti Dandara dos Santos recebe pena de 16 anos de prisão”. **G1**. Fortaleza, 23 de outubro de 2018. Disponível em <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2018/10/23/sexta-acusado-pela-morte-da-travesti-dandara-dos-santos-recebe-pena-de-16-anos-de-prisao.ghtml>>.

Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTFóbicas no Brasil**: dados da violência. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

MISKOLCI, Richard. **Teoria queer**: um aprendizado pelas diferenças. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

NAMASTE, Viviane. Gender bashing: sexuality, gender and the regulation of the public space, p. 584-600. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

NAMASTE, Viviane. **Sex change, social change**: reflections on identity, institutions and imperialism. Toronto: Women’s Press, 2005.

NANDA, Serena. Cross-cultural issues, p. 457-486. In: **Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.

NARVÁEZ, Carlos Enrique Arévalo; RAMÍREZ, Paola Andrea Patarroyo. Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights, p. 295-331. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, vol. 10, 2017.

NATIVIDADE, Marcelo Tavares. Homofobia religiosa e Direitos LGBT: Notas de pesquisa, p. 33-51. **Latitude**, Vol. 07, nº 1. 2013.

NEUMAN, Gerard L. Import, export and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights, p. 101-123. **The European Journal of International Law**, vol. 19, n. 1, 2008.

NICHOLAS, Lucy; AGIUS, Christine. **The persistence of global masculinism: discourse, gender and neo-colonial re-articulations of violence**. London: Palgrave Macmillan, 2018.

NINA, Alan Michel Santiago. **A produção legislativa voltada ao público LGBT na Câmara dos Deputados do Brasil (1989-2013)**. 2014. 102 páginas. Dissertação de mestrado em Ciência Política. – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará. Belém, 2014.

NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (org.); BENEVIDES, Bruna G. (org). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. São Paulo: Expressão Popular, 2020.

_____. **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018**. Brasil, 2019.

NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfin; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê: A Geografia dos Corpos das Pessoas Trans**. Brasil, 2017.

NOVAK, Manfred. U.N. **Covenant on Civil and Political Rights**: CCPR Commentary. 2. ed. rev. Kehl: N. P. Engel, Publisher, 2005.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>>.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de reforma do judiciário, 2012.

_____. **Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de reforma do judiciário, 2012.

_____. Sexualidade, moral e direito: a exclusão dos sujeitos, p. 31-54. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, janeiro de 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm>.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

_____. **Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.** Disponível em https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf.

_____. **Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância:** Assinaturas e ratificações. Disponível em http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp.

_____. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 1948.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.

_____. **Derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex.** Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>.

_____. **Opinião aprovada pelo Comitê Jurídico Interamericano sobre o alcance do direito à identidade,** de 10 de agosto de 2007. Disponível em http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf.

_____. **Resolução 2435 da Assembleia Geral:** Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, de 03 de junho de 2008. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf>.

_____. **Resolução 2504 da Assembleia Geral:** Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, de 04 de junho de 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf>.

_____. **Resolução 2600 da Assembleia Geral:** Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, de 08 de junho de 2010. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf>.

_____. **Resolução 2653 da Assembleia Geral:** Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, de 07 de junho de 2011. Disponível em <<https://arc-international.net/wp-content/uploads/2012/09/2011-OAS-GA-RES.-2653-Human-Rights-Sexual-Orientation-Gender-Identity.pdf>>.

_____. **Resolução 2807 da Assembleia Geral:** Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, de 06 de junho de 2013. Disponível em <http://www.oas.org/pt/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>.

PAIVA, Thiago; SANTANA, Jáder. “SSPDS conclui que não houve nenhuma morte por homofobia em Fortaleza em 2017”. **O Povo**. Disponível em <<https://www.opovo.com.br/jornal/reportagem/2018/11/sspds-conclui-que-nao-houve-nenhuma-morte-por-homofobia-em-fortaleza.html>>.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Pastor Silas Malafaia lança hotsite contra a PL 122. **Gospel Prime**. 12 de maio de 2011. Disponível em: <<https://www.gospelprime.com.br/pastor-silas-malafaia-lanca-hotsite-contra-a-pl-122/>>.

PELÚCIO, Larissa. Toda quebrada na plástica – corporalidade e construção de gênero entre travestis paulistas, p. 97-112. **Campos: Revista de Antropologia Social**, v. 6, n. 1 e 2, 2005.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil, p. 115-137. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. v. 4, n. 1, 2016.

PERES, Wiliam Siqueira. Violência, exclusão e sofrimento psíquico, p. 116-122. In: RIOS, Luís Felipe (org.); ALMEIDA, Vagner de (org.); PIMENTA, Cristina (org.); TERTO JR., Veriano (org). **Homossexualidade: produção cultural, cidadania e saúde**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids, 2004.

PINHONI, Marina. Parada LGBT de 2019 movimentou R\$ 403 milhões em SP, diz prefeitura. **G1**. São Paulo, 29 de junho de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/29/23a-parada-lgbt-movimentou-r-403-milhoes-em-sao-paulo-diz-prefeitura.ghtml>>.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

_____. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Artigo 7: Direito à Liberdade Pessoal, p. 81-103. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2007.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Counter-hegemonic International Law: rethinking human rights and development as a Third World Strategy, p. 767-783. **Third World Quarterly**, vol. 27, no. 5. 2006.

RAYMOND, Janice. **The transexual empire**: the making of the she-male. New York: Teachers College Press, 1994.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 11.872 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. **Diário Oficial Executivo do Estado do Rio Grande do Sul**, 20 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/11.872.pdf>>.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro, p. 383-408. **Direito e Democracia**. Vol.2, n.2, 2001.

_____. Direitos sexuais: orientação sexual e identidade de gênero no direito brasileiro, p. 131-171. In: DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e direitos sexuais**: debates e emabtes contemporâneos. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

_____. Para um direito democrático da sexualidade, p. 71-100. **Horizontes Antropológicos**, ano 12, n. 26, 2006.

SALES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT, p. 927- 944. In: PIOVESAN, Flávia (coord.); IKAWA, Daniela (coord.). **Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007, v. 2, p. 937.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil, p. 179-212. **Contemporânea**, v. 6, n. 1, 2016.

SÃO PAULO. Lei nº 10.948 de novembro de 2001. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. **Diário Oficial Executivo do Estado de São Paulo**, 06 de novembro de 2001. Disponível em: <
<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html>>.

SCHUTER, Olivier de. **International Human Rights Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SEN, Amartya Kun. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica por Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya Kun; NUSSBAUM, Martha. **The quality of life**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>.

SHAKHSARI, Sima. Killing me softly with your rights: queer death and the politics of rightful killing, p. 93-110. In: **Queer Necropolitics**. HARITAWORN, Jin (ed.); KUNTSMAN, Adi (ed.); POSOCCO, Silvia (ed.). New York: Routledge, 2014.

SIMMONS, Holiday; WHITE, Fresh. Our many selves in Trans Bodies, p 3-23. In: ERICKSON-SCHROTH, Laura (ed.). **Trans bodies, trans selves**: A resource for the transgender community. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira; e SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos. Corpos, identidades e violência: o gênero e os direitos humanos, p. 1083-1112. **Revista Direito e Práxis**, 8(2), 2017.

SØRENSEN, Max. “Do the rights set forth in the European Convention on Human Rights in 1950 have the same significance in 1975?” *Apud* DJEFFAL, Christian. **Static and Evolutive Treaty Interpretation**: A Functional Reconstruction. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SOUZA, Carlos Augusto da Silva; NINA, Alan Michel Santiago. Em busca de reconhecimento: a atuação dos grupos de interesse na produção legislativa voltada à população LGBT na Câmara dos Deputados no Brasil. **IX Encontro ABCP: Autoritarismo, democracia e direitos humanos**, Brasília, 2014.

STONE, Sandy. The empire strikes back: a posttranssexual manifesto, p. 221-232. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

STRYKER, Susan. (De)Subjugated knowledges: an introduction to transgender studies, p. 1-17. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

_____. Selections from “Psychopathia Sexualis with Special Reference to Contrary Sexual Instinct: A Medico-Legal Study, by Richard Von Krafft-Ebbing, p. 21-27. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

_____. Selections from “The Transvestites: The Erotic Drive to Cross-Dress”, by Magnus Hirschfeld, p. 28-39. In: STRYKER, Susan (Ed.); WHITTLE, Stephen (Ed.). **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

STRYKER, Susan. **Transgender history: the roots of today’s revolution**. 2ª ed. New York: Seal Press, 2017.

TEREZO, Cristina Figueiredo. Derechos humanos y diversidad sexual em el Sistema Interamericano, p. 379-402. In: **Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables**. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

THEIL, Stefan. Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?, p. 587-614. **European Public Law**, 23 (3), 2017.

Transgender Europe. **Transgender Murder Monitor**. Disponível em <<https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/>>.

_____. **Transrespect versus Transphobia Worldwide**. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_SimpleTable_EN.pdf>.

TRANSTORNO. In: MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/transtorno/>>.

Travesti Dandara foi apedrejada e morta a tiros no Ceará, diz secretário. **G1**. Fortaleza, 07 de março de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/apos-agressao-dandara-foi-morta-com-tiro-diz-secretario-andre-costa.html>>.

VALENTINE, David. **Imagining transgender**: an ethnography of a category. Durham: Duke University Press, 2007.

VILAIN, Eric. Genetics of Sexual Development and Diferrentiation, p. 329-353. In: ROWLAND, David L. (ed.); INCROCCI, Luca (ed.). **Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.

WEST, Candace; ZIMMERMAN, Don H. Doing gender, p. 125-151. **Gender and Society**. vol. 1, n. 2, 1987.

WILDHABER, Luzius. The European Court of Human Rights in action, p. 521-538. **American University International Law Review**, vol. 22, n. 4, 2007.

World Health Organization. **International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems Tenth Revision**. 2010. Disponível em <<https://icd.who.int/browse10/2010/en#/F64.0>>.

_____. **Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems Eleventh Revision**. 2018. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f411470068>>.

World Professional Association for Transgender Health. **Normas de atenção à saúde das pessoas trans e com variabilidade de gênero**. Illinois, 2012. Disponível em <https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Portuguese.pdf>.